

用证据说话

物权纠纷官司证据指导

柴铮 郑炳汝 著

“民事官司证据导读”

以贴近百姓的语言讲述与证据相关的法律常识，不可不知！

“典型案例证据提示”

从生活中的案例出发，提炼当事人困惑的证据问题，专家结合案例分析，巧妙解答。

“相关法律文书、法规”

收录相关案件中的常用文书、法规，方便查阅。



证据在打官司中扮演着极其重要的角色。几乎人人都知道“以事实为根据，以法律为准绳”是司法活动的基本原则，但在现实生活中，经常遇到这样的事情：明明是事实，但却举不出证据；举出证据来了，又不能被法院采纳。

打官司，应该如何收集证据?怎样向法院提交证据?如何反驳对方的证据?什么样的证据有较高的证明力？……
本系列书就是要解答这些问题，教会读者在打官司时如何用证据说话！



1《用证据说话：道路交通事故官司证据指导》
2《用证据说话：工伤事故官司证据指导》
3《用证据说话：医疗纠纷官司证据指导》
4《用证据说话：婚姻家庭官司证据指导》
5《用证据说话：劳动争议官司证据指导》
6《用证据说话：债权债务官司证据指导》
7《用证据说话：物权纠纷官司证据指导》
8《用证据说话：房屋拆迁、征地补偿官司证据指导》

上架建议 大众法律


ISBN 978-7-5036-8749-5
9 787503 687495 >
定价：26.00元



用证据说话

物权纠纷官司证据指导

柴铮 郑炳汝 著



图书在版编目(CIP)数据

用证据说话:物权纠纷官司证据指导/柴铮,郑炳汝著.—北京:法律出版社,2008.8

ISBN 978-7-5036-8749-5

Ⅰ.用… Ⅱ.①柴…②郑… Ⅲ.物权—民事诉讼—证据—中国 Ⅳ.D925.113.

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 132097 号

用证据说话:

物权纠纷官司证据指导

(打官司证据指导丛书)

柴铮、郑炳汝/著

编辑统筹 大众法律出版分社

策划编辑 贺 兰

责任编辑 贺 兰

装帧设计 乔智炜

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 永恒印刷有限公司

责任印制 沙 磊

开本 A5

印张 11.25

字数 279 千

版本 2008 年 9 月第 1 版

印次 2008 年 9 月第 1 次印刷

法律出版社(100073 北京市丰台区莲花池西里 7 号)

网址/www.lawpress.com.cn

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司(100073 北京市丰台区莲花池西里 7 号)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司/010-62534456

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

第一法律书店/010-63939781/9782

书号:ISBN 978-7-5036-8749-5

定价:26.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编写前言

2007年3月16日，十届全国人大五次会议上，《中华人民共和国物权法》（以下简称《物权法》）以高票通过，并已经于2007年10月1日起正式实施。《物权法》历经8次审议和广泛讨论，足见其制定的谨慎与艰辛。物权，作为近代民法的一项重要概念，与债权共同构成了近现代财产权的两大基石，是民法的重要组成部分。《物权法》不仅对维护社会经济秩序，促进改革开放和社会主义现代化建设发挥重要作用，而且它与人民群众生活息息相关：从城市居民的建筑物区分所有权、物业管理、相邻关系，到农民的土地承包经营权，等等，可以说《物权法》是使人们享受经济发展成果，保护公民、法人财产权益最为重要的一部法律。

《物权法》的颁布和实施是我国法治建设的重大成果，要使整个社会可以分享这一成果，仍需要很长的路要走。"千里之行，始于足下"，本书作者愿为我国物权法律的建设和发展贡献自己的一份力量。本书主要通过审判实务和社会生活中实际案例解读《物权法》规范，使广大读者了解《物权法》规范的具体内容，同时书中详细分析了在这些案例中适用《物权法》规范需要准备的证据，力求使读者明了如何具体适用这些规范，维护自己的权利。

尽管本书作者殚精竭虑，但因水平有限，且《物权法》中的许多争议尚未定论，待司法解释出台后进一步规范，所以仍是仁者见仁、智者见智，本书中难免有疏漏和谬误之处，也恳请读者批评指正，不吝赐教。

目　　录

第一章　物权纠纷官司证据导读

第二章　典型案例证据提示

第三章　物权纠纷官司相关法律文书、法律法规

第一章 物权纠纷官司证据导读

第一节 证 据 概 述

一、证据的定义

证据就是依照诉讼规则认定案件事实的依据。它既是当事人证实案件事实的依据,也是法院认定案件事实和作出裁判的依据。在民事诉讼中,案件事实是已经发生的事实,法院要对当事人有争议的民事法律关系作出正确的裁判,必须建立在对该民事法律关系产生、变更或消灭的事实予以认识的基础上,而要认识这些事实,就必须借助于各种证据,当事人只有利用证据告诉法官已经发生的案件事实,法官也只有依赖各种可以认知、有效采信的证据来查明案件的真相。如果没有证据或者证据不充分,法官会因为缺乏认定案件事实的根据,无法作出正确的裁判,当事人的合法诉讼请求也无法得到保护。因此,证据在民事诉讼中具有十分重要的作用。

(一)证据是人民法院查清案件事实、作出正确裁判的基础和依据。案件中的某一事实是否存在,其存在的具体状况如何,审判人员只能依据各种证据材料来认识,只有通过依法审查、判断和运用证据,才能弄清案件事实的真相,才能分清双方当事人的是非责任,除调解结案的以外,人民法院在案件审理结束后要作出裁判,正确的裁判只能建立在证

据可靠的基础上,否则难以保证公正与合法性。

(二)证据是当事人进行诉讼和维护其合法权益的手段。当事人进行诉讼,目的是维护自己的合法权益,因而在诉讼中就必然会提出有利于己的主张或反驳对方的主张。根据法律规定,当事人提出主张或反驳对方的主张,必须提供证据加以证明,唯有如此,才能达到维护其合法权益的目的。

总之,在民事诉讼中,不论是人民法院还是当事人,证据的运用都是一个十分重要的问题。证据是诉讼开始的基础,也是诉讼继续进行的推进器,还是引导诉讼走向终结的决定性因素。所以,证据制度构成了民事诉讼制度的核心。我国民事诉讼法对证据问题作出了原则规定,最高人民法院也作出了一些司法解释,2002 年 4 月 1 日最高人民法院颁布实施的《关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《证据规定》),是我国目前最为完整、系统地规定证据制度的司法解释。

二、裁判证据的构成要件

在诉讼中经常出现这样的现象:当事人如获至宝的证据,法官认为毫无价值,而法官认为非常重要的材料,当事人却没有收集,有些材料与案件客观上不存在联系,而当事人却认为与案件联系密切。不管这些材料能否在实质上维护当事人的权利,它们都被统称为证据。而只有最终能够被法官作为认定案件事实依据的证据才能被称为裁判证据。能够被称为裁判证据必须要具备"三性",所谓证据的"三性",即:

(一)证据的客观真实性,这是指诉讼证据必须是能证明案件真实真相的、不依赖于主观意识而存在的客观事实。这一客观事实只能发生在诉讼主体进行民事、经济活动中,发生在诉讼法律关系形成、变更或消灭的过程中,是当时作用于他人感官而被看到、听到或感受到的、留在人的记忆中的,或作用于周围的环境、物品引起物件的变化而留下的痕迹物品,也可能由文字或者某种符号记载下来,甚至成为视听资料

等。例如当事人立遗嘱的过程,在场人就会形成记忆,立遗嘱人也会留下书面的遗嘱、录音录像遗嘱或者公证遗嘱。客观性是诉讼证据的最基本的特征。

（二）证据的关联性,这是指作为证据的事实不仅是一种客观存在,而且它必须是与案件所要查明的事实存在逻辑上的联系,从而能够说明案件事实。正因为如此,它才能以其自身的存在单独或与其他事实一道证明保证案件真实的存在或不存在。如果作为证据的事实与要证明的事实没有联系,即使它是真实的,也不能作为证明争议事实的证据。具有关联性要符合两个原则:1. 证据的关联性是客观存在的,不能凭空推测。例如原告以被告曾经有过损坏他人物品的事实,证实本案中被告存在损害自己物品的行为。这种关联性就不是客观存在而是凭空推测。2. 证据与待证事实间的联系必须是可以认知的。当然这种认知并不要求所有的诉讼参与人和审判人员能够认识,只要此种联系已经被科学证实,即使只有少数的专业人员认识,也仍然可以作为证据使用。例如笔迹鉴定、DNA 鉴定等。

（三）证据的合法性,一个实质上能够证明案件的事实,但不符合法律规定的证据,也不能作为裁判证据使用。证据的合法性首先要求证据形式合法。对某些法律行为的成立,法律规定了特定的形式,不具备法律所要求的形式,该项法律行为就不能成立。例如《中华人民共和国继承法》第 17 条规定,代书遗嘱应当有两个以上见证人在场见证,由其中一人代书,注明年、月、日,并由代书人、其他见证人和遗嘱人签名。可见,代书遗嘱除了要具有真实性和关联性外,两个无利害关系的见证人到场见证并在遗嘱上签名是必不可少的,缺少该形式要件,代书遗嘱就不具备证据资格。其次证据必须由当事人按照法定程序提供,或由法定机关、法定人员按照法定的程序调查、收集和审查。也就是说,诉讼证据不论是当事人提供的还是人民法院主动调查收集的,都要符合法律规定的程序,不按照法定程序提供、调查收集的证据不能作为认定

案件事实的根据。

三、证据的理论分类

民事诉讼证据可以根据其来源、特征和作用不同分为不同类型。证据的分类可以帮助我们掌握不同类型证据的特点,在诉讼过程中正确运用证据。

(一)本证与反证

本证与反证,是按照主张某种事实存在或否认对方主张事实的存在来划分的。本证是指当事人一方主张某种事实,提出能证明该事实存在的证据。与之相对应的是反证。对方当事人为否定或推翻主张事实的一方当事人所提出的证据,而提出相反的事实证据,以证明事实的不存在,谓之反证。例如,原告张晓岚向法院起诉要求被告马小帅返还借款,张晓岚出示马小帅的借据,马小帅辩称已经还清借款,只是没有收回借据,并向法院提供了张晓岚开出的收款收据。该案件中,张晓岚出示的借据,证明借贷关系成立,该借据对张晓岚而言就是本证。马小帅提供的收款收据,证明借贷关系已经消灭,构成了反证。

法院在对争议事实进行判断时,会衡量本证与反证的证明力度。若本证的证明力明显大于反证的证明力,法官就可以作出本证事实存在的判断,反之如果反证的证明力明显大于本证的证明力,法官就可以作出本证事实不存在的判断。如果本证与反证的证明力相当,法官无法作出所证明的事实存在或者不存在的结论时,就可以依照证明责任规则判断本证方承担不利的诉讼后果。

(二)直接证据和间接证据

直接证据和间接证据,是按照民事诉讼证据与证明对象的关系来划分的。直接证据,就是能够直接证明证明对象的证据。例如,结婚证,可以直接证明夫妻关系;房产证,可以直接确定房屋的所有权;借据,可以证明双方当事人的借贷关系等。

间接证据，就是指不能直接证明案件的事实，但能和其他证据联系起来，共同证明和确定案件事实的证据。例如，张某死后，李某要求继承其财产，理由是二人是收养与被收养的关系，在没有直接证据的情况下，就需要用下述间接证据加以证明：第一，李某从5岁开始就是张某抚养成人的；第二，近10年来张某由于年迈体弱多病，一直由李某赡养与伺候，张某死后的丧事费也是由李某负担的；第三，张与李多年来一直生活在一起，群众公认为父子关系。通过以上三方面的间接证据，足以说明张某与李某属于养父与养子的关系，故张某的财产应该由李某继承。

直接证据与间接证据也是相对而言的，并且是以同一证明对象为标准的。划分直接证据与间接证据的标准，应以能否直接证明案件的关键性事实来确定。一般来说，能够直接证明案件的关键性事实的为直接证据，反之，就为间接证据。在司法实践中，由于案件千差万别，有些证据介于二者之间，所以直接证据和间接证据，并不是绝对的。

间接证据在民事诉讼中有着非常重要的作用。首先，间接证据可以作为调查研究整个案情的向导。其次，间接证据可以鉴别直接证据的真伪。最后，几个间接证据联系起来的证明效力，就可以相当于甚至超过一个直接证据的证明效力，所以在证明案件的事实时，间接证据是直接证据的有力助手和可靠的佐证。

（三）原始证据和派生证据

原始证据和派生证据，是按民事诉讼证据来源加以区分的。所谓原始证据，就是在客观事实发生、发展和消灭的过程中直接形成的证据，即人们通常所说的“第一手材料”。所谓派生证据，就是从原始证据中再生出来的证据，也就是人们通常所说的“第二手材料”。如证人根据别人所说的案件事实所作的证言，物证的照片、复制品，书证的抄本、影印件等。

区分原始证据与派生证据的意义在于确定证据的可靠程度。一般

而言，原始证据直接来源于案件事实，可靠程度高。而派生证据的形成经过了转述、转抄、复制等中间环节，其可靠程度就会受到中间环节的影响，存在误差率。

原始证据虽然可靠性大些，但也是有条件的，而不是绝对的。因为原始证据也有一个是否真实可靠的问题。派生证据，虽然不如原始证据可靠，但在处理民事案件中，是一种不可缺少的证据，在没有收集到原始证据的情况下，可以顺藤摸瓜，通过派生证据找出原始证据；可以通过派生证据，审查和确认原始证据的可靠程度；在原始证据已被毁灭或无法直接运用的情况下，运用其复制品、副本、节录本或照片等派生证据，也是符合法律规定的，可以作为认定事实的依据。

四、物权纠纷证据体系的特点

（一）物权纠纷的特征

物权纠纷就是指当事人间因为物的归属和利用产生争议引发的纠纷。物权纠纷有其自身的特征：

1. 物权纠纷既有发生在平等主体之间的纠纷，也有发生在权利人和管理机关之间的纠纷。物权既涉及平等主体间因为对物的占有、使用、收益、处分而产生的纠纷，也有权利人向管理机关主张其权利或者管理机关要求权利人履行其义务发生的纠纷。

2. 物权纠纷的客体范围十分广泛。物权纠纷的客体是“物”，这里的物包括动产和不动产。桥梁、房产等建筑设施，耕地、草原、滩涂、矿产等自然资源都是不动产，不动产还包括道路、通讯、电力、天然气等基础设施，动产的概念非常宽，汽车、轮船、工厂的机器设备、家具、衣服等属于动产。另外还有一些伴随科技发展出现的新的属于物权法调整和保护的“物”，这些都是属于物权纠纷的客体范围。

3. 物权纠纷的种类广泛，内容复杂。物权纠纷涉及我们生活的方方面面，物权法作为民法体系中最为重要的一环，规范调整的内容，涉

及了与“物”相关的各个方面。我国物权法共有法条247条，此外还有许多涉及物权内容的法律法规和司法解释。

（二）物权纠纷证据的特征

物权纠纷属于民事纠纷的一种，因此物权纠纷证据体系要符合我国一般民事诉讼的有关规则。但是物权纠纷又存在前述与一般民事纠纷不同的特征，这就决定了物权纠纷证据体系有其独特的特征：

1. 证据种类和形式较为丰富。物权纠纷的种类繁杂，所以围绕物权纠纷当事人取得的证据种类也非常的丰富，我国民事诉讼法第63条将民事诉讼证据分为七种：书证、物证、视听资料、证人证言、当事人的陈述、鉴定结论、勘验笔录，这些在物权纠纷中都可能会成为较为关键的证据。

2. 同种类的物权纠纷中，存在相似的关键证据。虽然物权纠纷中证据的种类十分丰富，但是在同一种类的物权纠纷中，往往有一些较为共通的关键证据。例如在因为相邻关系发生的争议中房屋所有权证和现场勘验笔录较为关键。在涉及不动产的纠纷中，不动产的登记手续是关键的证据。

3. 当事人之间适用一般的举证责任分配原则。物权纠纷当事人之间的举证责任分配较为严格地遵循“谁主张，谁举证”的原则。也就是当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实负有举证责任。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。这样就要求物权纠纷的当事人应当勤勉而且全面地承担自己的举证责任。

第二节 证 据 分 类

根据民事诉讼法的规定,我国民事诉讼证据的表现形式可以分为书证、物证、视听资料、证人证言、当事人陈述、鉴定结论、勘验笔录七种。

一、书证

(一)书证的概念与特征

书证是指以文字、符号、图形等所记载的内容或表达的思想来证明案件真实的证据。这种物品之所以称为书证,不仅因它的外观呈书面形式,更重要的是它记载或表示的内容能够证明案件事实。从司法实践来看,书证的表现形式是多种多样的,从书证的表达方式上来看,有书写的、打印的,也有刻制的等;从书证的载体上来看,有纸张、竹木、布料以及石块等。而具体的表现形式上,常见的有合同、文书、票据、商标图案等。因此,书证的主要表现形式是各种书面文件,但有时也表现为各种物品。书证在民事诉讼中是普遍被应用的一种证据,在民事诉讼中起着非常重要的作用。

(二)书证的分类

书证可以根据不同角度按不同标准作以下的分类:

1. 以制作书证的主体为标准进行的分类。分为公文书和私文书。公文书是指国家公务人员在职权范围内和企事业单位、社会团体在其权限范围内制作的文书。私文书是指公民个人制作的文书。区分意义

在于判断文书是否真实的方式不同。根据最高人民法院《证据规定》第77条第1款,国家机关、社会团体依职权制作的公文书证的证明力一般大于其他书证。之所以公文书证的证明力大于其他书证,原因在于单位制作的书证是经国家机关、法人或者其他组织依照一定程序和格式,在行使自己职权范围内制作的各种文书。例如人民法院的调解书、判决书、公证机关制作的公证书、婚姻登记机关颁发的结婚证、离婚证等。该类书证与其他书证相比更具客观性,只要没有相反证据加以推翻的话,其证明力应高于其他书证。

2. 以文书的内容和所产生的法律效果为标准进行的分类。可分为处分性书证和报道性书证。处分性书证是记载一定意思表示或行为而能设定、变更或消灭某一特定法律关系的书证。如委托书、遗嘱、契约、合同等。报道性书证,是指只是报道具有法律意义的事实,不以引起民事法律关系发生为目的的书证。如日记、信件等。依据该标准进行的划分意义在于,处分性书证能够直接证明有争议的民事权利义务关系,因而具有较强的证明力。报道性书证一般不具有直接的证明作用。

3. 以书证制作必须采用特定形式或履行特定手续为标准进行的分类。可以分为普通书证和特定书证。所谓普通书证是指具有一定思想内容,但法律不要求具备特定形式和履行特定手续的书证。如收条、借据等。特定书证,是指法律规定必须具备一定形式或必须经过特定程序或履行特定手续否则无效的书证。例如公证机关公证收养关系成立的文书、涉外公证的认证书等。

4. 按书证的制作方式和来源的不同进行的分类。可将书证分为原本、副本、复印件和节录本。原本(或原件)是指文件制作人最初制作的文件;照原本全文抄录、印刷而具有原本效力的文件,称为副本;复印件是指用复印机复制的材料;节录本是指仅摘抄原本或正本文件部分内容的文件。我国民事诉讼法和最高人民法院的《证据规定》对于该类书证的提交有不同的规定,民事诉讼法规定:"书证应当提交原件,提交原

件有困难的，可以提交复制件……”而《证据规定》第20条规定：“调查人员调查收集书证，可以是原件，也可以是经核对无误的副本或复制件。是副本或者复制件的，应当在调查笔录中说明来源和取证情况。”

对书证作上述分类，有助于掌握各种书证的不同特点并认定其法律效力，便于当事人举证，便于人民法院审查核实和判断书证。

二、物证

(一)物证的概念和特征

物证是指以其存在的形状、质量、规格、特征等来证明案件事实的证据。物证是通过其外部特征和自身所体现的属性来证明案件的真实情况，它不受人们主观因素的影响和制约。因此，物证是民事诉讼中重要的证据之一。民事诉讼中常见的物证有：争议的标的物(房屋、物品等)；侵权所损害的物体(加工的物品、衣物等)；遗留的痕迹(印记、指纹)等。

物证和其他证据相比，具有如下特征：

1. 物证具有较强的客观性、真实性。争议的案件事实都是已经发生了的，是现实的客观存在。如果能够判定物证是真实的，不是虚假的，通过物证与案件事实的联系，就能够用其来证明案件事实，因而物证具有较强的证明力。

2. 物证具有独立的证明性。物证是一种客观实在，并不反映人的主观意志，比较容易审查核实。不像证人证言和当事人陈述那样，容易受主观因素和其他客观因素的影响。在大多数情况下，物证能独立证明案件事实是否存在，而不需要其他证据加以印证，即可成为认定事实的依据。例如，在因产品质量而引发的诉讼中，物证就可以直接作为定案的依据。因为，该产品作为争议的标的物本身就是物证。也就是说，只要查明该标的物质量是否符合要求，就可以直接认定案件事实，解决当事人之间的纠纷。从这个意义上讲，物证还具有一定的可靠性，所以

有人也称物证是“哑巴证人”。

3. 物证具有不可代替的特定性。物证作为一种客观存在的具体物体和痕迹，具有自己特有的特征，且被特定化于特定的物体之上。因此，它是不能用其他物品或者同类物品来代替的，否则就不能保持原物的特征。民事诉讼法明确规定：“物证必须提交原物。”只有在提交原物确有困难时，才“可以提交复制品、照片”，但提交的复制品的一切特征必须与原物相同，照片也只能是原物的真实情况的反映。这种复制品和照片，只是固定和保存原物的方法，作为物证的仍是原来的物品和痕迹，而不是复制品和照片。

（二）物证的分类

物证可以按照不同的标准进行分类。

1. 按照与争议标的物的关系为标准，分为争议标的物的物证和非争议标的物的物证。所谓争议标的物的物证，是指诉讼中的当事人的民事权利义务关系所指向的对象，例如，双方当事人争议的不动产（房屋、土地）和动产（珠宝、古董）等。非争议标的物的物证，是指不是当事人民事权利义务所指向的对象，而是案件所涉及的作为物证的物品，例如，侵权行为所使用的工具等。

2. 按照物证是否便于保存为标准，分为易保存的物证和不易保存的物证。易保存的物证，是指在常规条件下不易改变其原有特性的物证，例如，彩电、冰箱等。不易保存的物证，是指在常规条件下容易改变其原有特性的物证，例如，药品、水产和食品等。

3. 依物证所起的证明作用不同，可以分为实物物证、痕迹物证、微量物证和气味物证。实物物证，是指以物体本身起证明作用的物证，例如，房屋、汽车等。痕迹物证，是指以物体相互作用遗留的遗迹起证明作用的物证，例如，指纹、印记等。微量物证，是指以存在少量物质起证明作用的物证，例如灰尘、粉末等。气味物证，是指以某种物质散发的气味来起证明作用的物证，如废气等。

4. 依物证的出处为标准，可分为原始物证和复制物证。原始物证，是指证明的内容直接来源于原始的物品，例如，劣质产品等。复制物证，是指证明的内容来自于原始物证的复制品，例如，有瑕疵产品的复制件等。

(三)物证与书证的区别

物证与书证之间有着明显的区别，其主要区别在于：

1. 物证以其存在、外形等外部特征和物质属性证明案件真实情况；书证则以文书或物品所记载的内容证明案件事实。

2. 法律对物证无特殊的形式上的特定要求，只要能以其存在、外形、特征证明案件事实，就可以作为物证；对书证则不同，法律有时规定必须具备特定形式或履行了特定的程序后，才具有证据效力。

3. 物证是一种客观实在，不反映人的主观意志；而书证是一定主体制作的，反映了人的主观意志。

三、视听资料

(一)视听资料的概念和特征

视听资料，是指利用录音、录像、电子计算机储存的资料和数据等来证明案件事实的一种证据。它包括录像带、录音片、传真资料、电影胶卷、微型胶卷、电话录音、雷达扫描资料和电脑储存数据和资料等。外国民事诉讼法一般都没有将视听资料作为一种独立的证据类型对待，仅将其归入书证和物证的种类中，我国民事诉讼法鉴于其具有独立的特点，将其归为一类独立的证据加以使用。

视听资料是通过图像、音响等来再现案件事实的，具有生动逼真、便于使用、易于保管等特点。具体而言，首先，视听资料具有较强的生动性和真实性。由于视听资料是采用现代科学技术手段记录下的有关案件的原始材料，并且通过对该资料的回放能够再现当事人的声音、图像和数据等，它同物证一样不受主观因素的影响，所以能够比较客观地

反映案件的事实。其次，视听资料还具有体积小、重量轻等优点，从而易于保管和使用。随着科学技术的发展，录音机、录像机、电脑、传真机等日渐普及，在人们的日常生活中，视听资料的来源和应用上都具有了更多的广泛性。作为证据种类不仅在民事诉讼中可以应用，而且在仲裁活动和非讼案件中也得以广泛地应用。并越来越受到欢迎，它为人民法院的审判活动以及当事人和其他诉讼参与人的诉讼活动提供了更多的方便。

视听资料虽然具有生动逼真、便于使用、易于保管等特点，但也不能由此认为其是绝对可靠的证据，原因在于视听资料是可以通过剪接手段伪造变换的。因此，对视听资料需进行全面审查，具体分析。《证据规定》第 22 条规定："调查人员调查收集计算机数据或者录音、录像等视听资料的应当要求被调查人提供有关资料的原始载体。提供原始载体确有困难的可以提供复制件。提供复制件的，调查人员应当在调查笔录中说明其来源和制作经过。"人民法院在审查视听资料时，应查明该项视听资料的来源，录制的时间、地点，录制的内容、目的，参与录制的人，录制的形象和声音是否真实，以及该项视听资料的保管、储存情况等。凡窃听、偷录、剪接、篡改、内容失真的视听资料，都不能作为诉讼证据。

（二）视听资料的种类

视听资料是我国的诉讼证据上新增添的证据种类，它对于人民法院查明案情，提高审判质量，正确处理民事纠纷有着重要的价值，如何对视听资料这一新的证据种类进行划分，目前尚没有统一的见解和认识。但一般认为，视听资料应包括录音录像资料、电脑储存的资料和电视监视资料三大类。

录音录像资料，是指用现代科技的手段将声音、图像如实地加以记录，通过该记录的重放来证明案件事实的一种证据；电脑储存资料是指通过计算机中储存的数据和信息，来证明案件事实的证据；电视监视资

料是指对特定人或物通过电视监视手段所获得的图像和声音,并用于证明案件事实的一种证据。

(三)视听资料与书证和物证的区别

1. 视听资料与书证

视听资料与书证既有相同之处也有不同之点。相同之处在于它们都以一定的思想内容来证明案件事实。区别在于,首先,书证是以书面文字形式记载的思想或者行为内容来证明案件事实的。视听资料主要是以音响、图像、数据来反映案件的内容的。但是,并不能否认的是视听资料中也有以文字形式反映人的思想的内容,但绝不是单纯地用文字和符号证明案件事实的。其次,书证是以静态的方式来证明案件事实的,而视听资料则可以动态的方式来证明案件事实,其具有生动逼真的特点,书证则无可比拟。

2. 视听资料与物证

物证是以外部特征证明案件事实,而视听资料是以资料中的内容发挥证明作用。虽然,都能够证明案件的真实,但作为独立的一种证据,两者又有着明显的区别。物证是以自己外部的形态、质量、规格、特征等来证明案件事实的;视听资料也能反映物的外部形状、规格、质量、特征,但却是以科技手段为载体的再现。

四、证人证言

(一)证人证言的概念和特征

证人是指知晓案件事实并应当事人的要求和法院的传唤到法庭作证的人,证人就案件事实向法院所作的陈述称为证人证言。

我国民事诉讼法第70条第1款规定:“凡是知道案件情况的单位和个人,都有义务出庭作证。有关单位的负责人应当支持证人作证……”以上规定大致说明了民事诉讼证人的范畴。我国民事诉讼法规定的证人,包括单位和个人两大类。即凡是知道案件情况的单位和

个人都有义务出庭作证。但这里有一个值得探讨的问题是,单位能否像自然人一样出庭作证呢?单位显然是不能的。民事诉讼法第70条第2款规定,不能正确表达意志的人,不能作证。这一条是关于证人的能力方面的规定,在我国自然人作为证人,除必须了解案件的事实外,还须能够正确表达自己的意志。最高人民法院《证据规定》第55条也进一步规定了,不能正确表达意志的人不能作为证人。无民事行为能力和限制民事行为能力的人当待证事实与其年龄状况相适应的可以作为证人。因此,根据我国法律和司法解释,自然人虽然是无民事行为能力或限制民事行为能力的人,仍然能够作为证人对与自己年龄和智力状况相适应的待证事实作证。

证人证言具有三个方面的特征:第一,证人证言是了解案件事实的人提供证明。也就是说,证人必须是知道案件情况的,只有知道案情的人才能作证,知道案件情况的人并不一定都是亲眼所见,如盲人可以就其听到的事实进行作证。作证的人也并非一定要用言词形式作证才有效力,如聋哑人可以就自己亲眼所见,用哑语表达加以作证。第二,证人证言只包括能够正确表达意志的人就案件事实所作的陈述。例如,精神病人或年幼不能辨别是非,不能正确表达意志的人,所作的证人证言是无效的。第三,证人证言的真实性、可靠性受到多种因素的影响。证人作为自然人,对于案件事实的感知要受到主观和客观各种因素的制约和限制。因此,证人证言可能有真有假,审判人员应尽可能地结合其他证据对其进行印证,印证后无误的,才可以作为认定案件事实的根据。

(二)证人证言的形式和评价

证人证言有两种形式:一是口头形式;二是书面形式。

口头形式,是指证人就所了解的案件事实向法庭所作的陈述。该形式是证人作证的基本形式。在审判实践中证人大多是以口头形式向法院陈述的,证人作证以到庭接受口头询问为主,主要是便于当庭质证

和确认。依据《证据规定》，当事人向人民法院申请要求证人出庭作证时，应当在举证期限届满10日前提出，并经人民法院许可。且必须指明证人的姓名、住址，以便法院传唤，当事人虽未申请，法院为了查明一定的案情事实，也可依职权主动地传唤证人。

书面形式，是指以文字形式向人民法院陈述已知的案件事实。证人作证以到庭接受口头询问为原则，但“证人确有困难不能出庭”的，如年迈体弱或者行动不便无法出庭的；或特殊岗位确实无法离开的；或路途特别遥远，交通不便难以出庭的；或因自然灾害等不可抗力的原因无法出庭的；或其他无法出庭的特殊情况，经人民法院许可，证人可以提交书面证言。书面证言应当庭宣读，听取当事人的意见。但应注意的是，书面证言不应认为是“书证”，而是“证人证言”的一种表现形式。

证人证言应当是证人耳闻目睹的与案件有联系的客观情况，即引起民事法律关系发生、变更或者消灭的事实以及发生争议的事实。对于证人提供的证言只要其能将这些事实陈述清楚即可，并不要求证人对这些事实作主观上的评价。因此，证人陈述与案件无关的事实，不应作为证言的内容；证人的分析认识或者法律评价也不能作为证据。证人证言应是自己亲自所见所闻，如果是别人看到或听到转告的所谓传闻证言，也不能作为证人证言的内容。人民法院在分析证人证言时，还必须查明证人的身份以及他和当事人之间的关系。然后，再仔细地从证人的主观及客观因素两方面来分析研究。对证人的主观因素方面，应考虑他的文化水平、对事物的理解程度以及他的认识能力和表达能力等。在其客观因素方面，则应考虑证人当时所处的客观环境，如光线明暗、距离远近、室内或室外、嘈杂还是安静等。对证人证言分析判断时，应综合案件的全部情况及其他证据，全面地分析、认真研究，只有这样才能确定证言的真伪及其效力的大小。

五、当事人陈述

（一）当事人陈述的概念和特征

当事人陈述是指当事人在诉讼中就与本案有关的事实，向法院所作的陈述。当事人陈述作为证据的一个种类是我国民事诉讼证据种类划分中的特色。当事人是民事诉讼法律关系的主体，由于与诉讼结果有着直接的利害关系，决定了当事人陈述具有真实与虚假并存的特点。因此，审判人员在运用这一证据时应注意防止将虚假的证据作为认定案件事实的根据，对于当事人的陈述应结合本案的其他证据进行审查核实，以确定作为认定案件事实的根据。

（二）当事人陈述的形式

当事人陈述分为口头陈述和书面陈述，也可以分为对案件事实的陈述和当事人的承认两类。当事人对案件事实的陈述，其目的在于取得有利于自己的后果。当事人的承认，是指一方当事人对另一方当事人所证明的事实的真实性表示同意的一种陈述。

当事人的承认又可以分为审判上的承认和审判外的承认两种。审判上的承认，是指在审判案件时，当事人向法院所作的承认。这种承认是一方当事人对对方当事人所作的关于事实的陈述表示同意，一旦承认即可免除对方当事人的举证责任。该承认的主体仅限于原告、被告、法定代理人、第三人、诉讼代表人和经被代理人特别授权的诉讼代理人等。审判外的承认，是当事人在法院外对某些事实所作的承认。这种承认不能作为免除举证责任的根据，因其没有人民法院的参与，对法庭不存在任何拘束力。

人民法院对当事人陈述的可靠性的判断，必须综合全部案情和其他证据加以判定。在判断承认时必须审查承认是否系当事人自愿，如果存在着受欺诈、恶意通谋和重大误解的情况，则不能认定承认的效力。

六、鉴定结论

（一）鉴定人的概念

鉴定人是指那些接受聘请或指派凭借自己的专门知识对案件中的疑难问题进行科学研究并作出具有法律效力结论的人。我国民事诉讼理论中普遍认为鉴定人是诉讼参与人。并在某种意义上认为鉴定人就是法官的帮手。在国外一般是将鉴定人纳入证人范畴，称为专家证人。

鉴定人与证人的不同之处在于：1. 法律对他们知识结构的要求不同。法律要求鉴定人必须具备某种专门知识，且能够解决案件中的专门性问题。证人则不一样，法律并未要求他们具备专门知识，只要他了解案情即使是文盲也可出庭作证。2. 知悉案件的时间不同。证人是在案件发生的过程中凭其五官感知案件的；而鉴定人是案件发生后通过阅卷和访问等途径才了解案件情况的。3. 主体的特定性不同。鉴定人是用专门知识对某些专门性问题进行分析判断的人，只要具有所需的专门知识和技术条件，并且不存在法定回避情由的人，均可以被指定为鉴定人。因此，鉴定人具有可替代性；但证人则不同。根据我国法律的规定，无论证人有无专门知识，也无论证人是否存在回避情由，证人始终是证人。是证人就必须到庭作证。任何理由的推脱都是不允许的。与鉴定人相比，证人则具有不可代替性。

（二）鉴定人的诉讼权利与义务

为了保证鉴定人能顺利地进行鉴定和认真地作出科学鉴定结论，鉴定人在鉴定活动中应依法享有一定的权利并承担一定的义务。

鉴定人主要的诉讼权利是：1. 有权了解全部案件情况，并有权要求人民法院提供为进行鉴定所需要的材料；2. 有权询问当事人、证人以及参加检验证据和现场勘验等活动；3. 有权拒绝鉴定；4. 有权用本民族语言文字作鉴定结论；5. 有权请求给付必要的鉴定费用和劳务报酬。

鉴定人主要的诉讼义务是：1. 鉴定人接受鉴定任务后，除有正当理

由外，必须按时到庭陈述鉴定结论；2. 鉴定人必须忠实地进行鉴定，对所需要鉴定的问题，必须认真负责地进行科学的实验、分析，作出科学的判断；3. 鉴定人必须接受审判人员、检察人员、当事人和诉讼代理人对所鉴定的内容、结论提出质询，并应给予科学的回答和说明；4. 要遵守鉴定纪律，妥善保管提交鉴定的物品的材料；5. 对鉴定中涉及国家秘密的内容，必须严格保密。

（三）鉴定结论的概念和特征

鉴定人运用专业知识、专门技术对案件中的专门性问题进行分析、鉴别、判断后作出的结论，称为鉴定结论。民事诉讼中的鉴定结论具有广泛性和多样性，通常有医学鉴定结论、文书鉴定结论、痕迹鉴定结论、事故鉴定结论、产品质量鉴定结论、会计鉴定结论、行为能力鉴定结论等。

鉴定结论作为诉讼证据中的一种，它具有三个基本特点：一是独立性。它是鉴定人根据案件的事实材料，按科学技术标准，以自己的专门知识，独立对鉴定对象分析、研究、推论作出的判断。二是结论性。其他证据仅就某一个方面或某几个方面作证，通常不可能有结论性意见。结论只能由法官去作。鉴定结论则不然，它不仅要求鉴定人叙述根据案件材料所观察到的事实，而且更重要的是必须对这些事实作出结论性的鉴别和判断。三是范围性。对这种专门性问题所作出的鉴别和判断，只限于应查明的案件事实本身，而不直接涉及对案件的有关法律问题作出评价。对法律问题的评价，应由审判人员去解决，而不应属于鉴定结论的范围。

（四）鉴定的程序

1. 鉴定人的确定

最高人民法院《证据规定》第 25 条规定，当事人申请鉴定，应当在举证期限内提出。对需要鉴定的事项负有举证责任的当事人，在人民法院指定的期限内无正当理由不提出鉴定申请或者不预交鉴定费用或

者拒不提供相关材料,致使对案件争议的事实无法通过鉴定结论予以认定的,应当对该事实承担举证不能的法律后果。《证据规定》第 26 条同时规定,当事人提出申请鉴定,经人民法院同意后,由双方当事人协商选择鉴定机构和鉴定人;如果协商不成也可以由人民法院加以指定。

《证据规定》第 27 条规定,当事人对人民法院委托的鉴定部门作出的鉴定结论有异议申请重新鉴定,提出证据证明存在下列情形之一的,应当重新鉴定:①鉴定机构或者鉴定人员不具备相关的鉴定资格的;②鉴定程序严重违法的;③鉴定结论明显依据不足的;④经过质证认定不能作为证据使用的其他情形。对有缺陷的鉴定结论,可以通过补充鉴定、重新质证或者补充质证等方法解决的,不予重新鉴定。另外,一方当事人自行委托的部门作出的鉴定,另一方当事人有证据足以反驳并申请重新鉴定的,人民法院应予准许。

2. 鉴定部门的确定

鉴定部门的确定有两种情况:一种是法律或行政法规明确规定鉴定部门;另一种是法律和行政法规未对鉴定部门作出规定,由人民法院根据具体情况加以指定。物权纠纷案件中涉及鉴定程序时通常由人民法院加以指定。

3. 鉴定结论的审查和判断

审判人员对鉴定人出具的鉴定书,应当审查是否具有下列内容:①委托人姓名或者名称、委托鉴定的内容;②委托鉴定的材料;③鉴定的依据及使用的科学技术手段;④对鉴定过程的说明;⑤明确的鉴定结论;⑥对鉴定人鉴定资格的说明;⑦鉴定人员及鉴定机构签名盖章。

鉴定人有责任在法庭上回答审判人员、当事人及其诉讼代理人提出的有关鉴定方面的问题。鉴定人应当出庭接受当事人质询。鉴定人确因特殊原因无法出庭的,经人民法院准许,可以书面答复当事人的质询。在法庭上进行的比较简单的鉴定,鉴定人也可用口头向法院提出鉴定意见,由书记员记入笔录,并由鉴定人在笔录上签名或盖章。不论

以书面或口头方式提出鉴定意见，如有必要，当事人及其诉讼代理人都可以要求鉴定人对鉴定意见作补充说明或解释，这些说明和解释，也应记入法庭笔录，如果数个鉴定人的鉴定意见互相抵触，或鉴定人未能提出肯定的意见，或者人民法院对鉴定意见有怀疑时，除可要求鉴定人进行补充说明或补充鉴定外，还可以另行指定鉴定人再行鉴定。

七、勘验笔录

所谓勘验，是指人民法院审判人员，在诉讼过程中，为了查明一定的事实，对与案件争议有关的现场、物品或物体亲自进行或指定有关人员进行查验、拍照、测量的行为。对查验的情况与结果制成的笔录叫勘验笔录。勘验笔录是一种独立的证据，也是一种固定和保全证据的方法。

在勘验物证或者现场时，勘验人员必须出示人民法院的证件，邀请当地基层组织或者当事人所在单位派人参加，当事人或者他们的成年家属应当到场；拒不到场的，不影响勘验的进行。有关单位和个人根据人民法院的通知，有义务保护现场、协助勘验工作的进行。人民法院勘验物证或者现场，应当制作笔录记录勘验的时间、地点、勘验人、在场人、勘验的经过、结果，由勘验人、在场人签名或者盖章。对于绘制的现场图应当注明绘制的时间、方位、测绘人姓名、身份等内容。勘验笔录应把物证或者现场上一切与案件有关的客观情况，详细、如实地记录。在开庭审理时，审判人员应当庭宣读或出示勘验笔录和照片、绘制的图表，使当事人都能了解勘验的事实情况，并听取他们的意见。当事人要求重新勘验的，可以重新勘验。

勘验笔录是以其文字、图表等记载的内容来说明一定案件事实，从这个意义上来说，它与书证有相似之处，但不能认为它是书证。两者主要区别是：(1)产生的时间不同。书证一般是在案件发生前或在发案过程中制作发生的；而勘验笔录则是在案件发生后，在诉讼过程中，为了查明案件事实，对物证或者现场进行检验后制作的。(2)制作主体不

同。书证一般是由当事人或有关单位及公民制作的;而勘验笔录则是办案人员或人民法院指定进行勘验的人,执行公务依法制作的一种文书。(3)反映的内容不同。书证一般是用文字、符号来表达其内容,本身能直接证明案件的事实情况,是制作人主观意志的外部表现;而勘验笔录的文字、图片记载的内容,是对物证或者现场的重新再现,其内容不能有制作人的主观意思表示,完全是一种对客观情况的如实记载。(4)能否重新制作不同。书证不能涂改,也不能重新制作,要保持其原意;而勘验笔录则不同,若记载有误或不明确,可以重新勘验,并作出新的勘验笔录。

八、常见的几种物权纠纷证据

物权纠纷案件纷繁复杂,除了下面介绍的这三种证据外,其他的证据,将在后面的章节中结合不同种类内容的纠纷分别介绍。

(一)不动产登记资料

不动产登记资料是证明不动产物权设立、变更、转让和消灭的最重要的证据,而这也是当事人行使权利的依据和基础。例如主张他人的违章房屋对自己的房屋采光和通行造成了影响,要求他人拆除违章房屋,则首先要证明自己对受妨碍的房屋拥有合法的所有权或者使用权,以及受妨碍的房屋是合法房屋。不动产登记资料包括不动产登记簿和不动产权属证书。不动产登记簿由不动产登记机构管理,是确定物权归属和内容的根据。不动产登记簿中的记载权利人、利害关系人可以申请查询、复制,登记机构应当提供。不动产权属证书是权利人享有该不动产物权的证明。不动产权属证书记载的事项,应当与不动产登记簿一致,记载不一致的,除有证据证明不动产登记簿确有错误外,以不动产登记簿为准。

(二)当事人之间的协议

在物权领域中,当事人之间的协议也是十分关键的证据。因为物

权属于民事法律调整范围，在这一范围内，当事人意思自治是一个基本原则，而当事人之间的协议也就是意思自治的体现。在有些领域，当事人间协议可以确定各自的权利义务，例如在处理共有关系中，如果当事人之间有协议的，应当按照协议履行。在有些领域，则要求当事人之间应当达成书面协议，例如担保物权。

（三）现场勘验笔录

在处理相邻关系的纠纷中，往往是一方认为他方的建筑物影响了自己不动产的通风、采光、通行等权利，而具体是否构成影响，往往是直观的现场观察难以判断的，因此审判人员往往要到现场进行查看并制作现场勘验笔录。在现场勘验中，应当向审判人员重点指出他方建筑物影响己方不动产权利的部位。

第三节　证明对象和证据标准

打官司常常是这样，一方的当事人或代理人出示了一大堆的证据、资料，结果还是打输，因为他提出的证据是废话连篇，对案件起不到有力的证明作用。前面我们讲过，诉讼证据必须符合“三性”，才有证据效力。当事人提供具备“三性”的证据，并不代表一定就能胜诉。因为举证还必须针对证明对象达到证明标准才行。

一、证明对象

（一）证明对象的定义

民事诉讼中，原告提出诉讼请求所依据的事实和理由，被告对原告

诉讼请求的答辩、反驳和提起反诉所依据的事实和理由,第三人提出诉讼请求所依据的事实和理由,以及人民法院认为需要加以证明的其他事实,都需要运用证据加以证明。这些需要用证据加以证明的案件事实,就叫证明对象,也叫证明的客体,或证明的标的。

在民事诉讼中,不是所有与案件有关的社会生活事实都可以作为证明对象。民事诉讼中的证明对象由以下因素确定:

1. 法律规范所确定的要件事实。法律要件事实是会引起某种民事权利义务关系的发生、变更和消灭的事实。虽然民事诉讼最终是对当事人双方争议的民事权利义务作出裁判,但当事人不能直接对权利义务关系存在与否加以证明,因为权利义务的存在与否是通过事实来加以判断的。司法裁判需要认定的事实,是法律规则"涵摄"的社会生活事实。或者说,要在社会生活事实与实体法律要件之间建立起对应关系。

2. 当事人主张和争议的事实。并不是所有的待决案件事实都需要证据证明,而是当事人主张和争议的事实才能成为证明对象。当事人不主张和没有争议的事实,无须证明。证明对象往往根据当事人主张和辩论的范围而确定。

由于证明活动是围绕证明对象展开的,证明对象限定着证明的范围,所以,确定诉讼案件的证明对象有以下作用:

(1)可以明确当事人及其代理人收集证据的范围,促使其集中精力围绕证明对象进行证据准备。

(2)可以确定当事人举证、申请法院调查证据以及进行质证的范围。

(3)可以指引裁判者正确调查收集证据和审查核实证据。由于案件事实常常十分纷繁复杂,当事人争执的焦点多,裁判者要在证明活动中保持清醒的头脑,不被枝节问题所迷惑,能抓住问题的核心,就必须明确证明对象。

(二)证明对象的范围

民事诉讼中的证明对象主要是有法律意义的事实,同时,法律法规和经验法则都可以作为证明对象。

1. 事实

根据不同的标准,对作为证明对象的事实可以作不同的分类。

(1)实体法律事实和程序法律事实

实体法律事实包括:其一,当事人之间产生权利义务关系的法律事实,如结婚登记、合同签订等;其二,当事人之间变更权利义务关系的法律事实,如合同变更;其三,当事人之间消灭权利义务关系的法律事实,如合同解除、离婚登记、收养关系的解除;其四,妨碍当事人权利行使、义务履行的法律事实,如权利或义务主体丧失行为能力、不可抗力的发生等;其五,当事人之间权利义务发生纠纷的法律事实,如是否构成侵权的事实,一方主张赔偿另一方不同意赔偿的事实等。具体案件中,作为证明对象的实体法律事实往往是由原告的诉讼请求而定;并根据被告积极的抗辩对实体证明对象予以调整和补充。

具有程序意义上的事实,虽然不直接涉及当事人的实体权利,但对当事人的实体权利和诉讼程序会发生很大的影响,能够产生诉讼法上的效果。比如,关于当事人是否适格的事实,关系到当事人是否能参加诉讼;关于法院是否有管辖权的事实,关系到受诉法院能否对该案件进行审判;关于某一审判人员是否具有回避情形的事实,关系到该审判人员是否能参加该案件的审理;关于当事人耽误上诉期间理由是否正当的事实,关系到当事人上诉权是否能继续行使等。

(2)主要事实、间接事实和辅助事实

构成法律要件的事实称为"主要事实";证明主要事实的事实称为"间接事实";用于证明证据能力或证据力的事实称为"辅助事实"。根据现代民事诉讼的要求,当事人没有提出的权利主张,法院不能进行审理和裁判,当事人没有主张该法律要件事实的,法院没有义务加以证

明。法院不得将没有出现在当事人辩论中的主要事实作为裁判依据。但间接事实和辅助事实不受此限制,即使当事人没有对此加以陈述,法院也可以将其作为裁判的依据。因为间接事实和辅助事实是判断主要事实的手段,处于与证据同等的地位,其存在与否由法官判断。

2. 外国法、地方性法规

法院要作出裁判,要从事实和法律适用两个方面进行。对于国内法,应遵从"法官知悉法律"的原则,当事人不承担证明的义务;即使不知,也可以依职权进行调查了解。因此,一般情况下,案件所适用的法律是否存在及其内容,并不需要当事人加以证明。但对外国法、地方性法规,法官则未必了解,因此就需要当事人对此加以证明。

3. 经验法则

经验法则,是指人们从生活经验中归纳获得的关于事物因果关系或属性状态的法则或知识。经验法则既包括一般人日常生活所归纳的常识,也包括某些专门性的知识,如科学、技术、艺术、商贸等方面的知识。不仅人们在生活中会运用经验法则进行逻辑推理判断,在审理案件中,法官也要运用经验法则进行裁判。关于经验法则是否属于证明的对象,不能一概而论。日常生活领域内的经验法则,为一般人所知晓,无须证明;不为一般人所知晓的专门知识领域的经验法则应当加以证明,成为证明对象。

4. 无须证明的事实

根据最高人民法院《民诉适用意见》第 75 条、最高人民法院《证据规定》第 9 条的规定,无须证明的事实包括:

(1)众所周知的事实

众所周知的事实,也叫公知的事实,是指在一定范围内为普通知识经验的人所知晓的事实。这里所指一定范围内为人知晓,当然包括审理案件的法官。具体的案件审理中,由审理案件的法官判断有关事实是否属于众所周知的事实。众所周知的事实,当事人无须加以证明。

（2）自然规律及定理

所谓自然规律，是指客观事物在特定条件下内在的、本质的联系。所谓定理，是指在科学上通过特定条件已被反复证明其发生变化过程的某种必然规律，被人们普遍采用作为原则性命题或公式。自然规律和定理已经为人们所认识并反复验证，所以无须加以证明。

（3）推定的事实

推定的事实可以通过两种推定形式获得，一是事实推定；二是法律推定。

事实推定，是指依照法律规定或者由法院按照经验法则，从已知的某一事实推断未知的另一事实存在，并允许当事人提出反证推翻的证据法则。前一事实称为前提事实，后一事实称为推定事实，一旦前提事实得到证明，法院径直根据前提事实认定推定的事实，无须再对推定事实加以证明。

法律推定又分为两类：法律上的事实推定和法律上的权利推定。法律上的事实推定，是指法律规定以某一事实的存在为基础，并直接根据该事实认定待证事实的存在与否。法律上的权利推定，是指法律对某种权利或法律关系是否存在直接加以推论的情况。但法律上的权利推定并不是证据规则，所以，证据法上所说的法律推定只包括法律上的事实推定。

（4）已为人民法院发生法律效力的裁判所确认的事实

为裁判所确认的事实，是指本案所涉及的事实已经在其他已经审结的案件中被人民法院确认。被确认的事实的裁判，可能是本院作出的，也可能是其他人民法院作出的。

（5）已为仲裁机构的生效裁决所确认的事实

仲裁机构的生效裁决与法院生效裁判具有同样的法律效力，因此，已为仲裁机构的生效裁决确认的事实，对诉讼中的事实具有预决效力。

(6)已为有效公证文书所证明的事实

公证文书是公证机关依照法定程序对有关法律行为、法律事实以及文书加以证明的法律文书。民事诉讼法第67条规定,经过法定程序公证证明的法律行为、法律事实和文书,人民法院应当作为认定事实的根据,但有相反证据足以推翻公证证明的除外。

上述六类无须证明的事实,除自然规律及定理外,其余五类事实:众所周知的事实、根据法律规定或者已知事实和日常生活经验法则能推定出的另一事实、已为人民法院发生法律效力的裁判所确认的事实、已为仲裁机构的生效裁决所确认的事实、已为有效公证文书所证明的事实,都可以以反证推翻。

(7)自认的事实

自认,又称对事实的自认,一般是一方当事人对另一方当事人主张的案件事实予以承认。

诉讼上的自认是在法院准备程序或审判过程中,承认对方所主张的事实为真实。诉讼上的自认的法律效果是,自认者不能对其自认的事实再为争执;当事人对于己不利的事实的承认,可以免除主张该事实的当事人的证明责任,法院可以该事实作为裁判依据。诉讼外的自认则包括在诉讼外以谈话、通信、契约、文书等方式所作的自认。诉讼外的自认作为诉讼材料被提交到诉讼中时,一般构成对自认者不利的证据。

当事人的自认包括当事人本人的自认,也包括法定代理人的自认,因为法定代理人的自认与本人的自认有同等效力。委托代理人的自认也有当事人自认的效果,一般不要求有特别的授权,但是情况比较复杂。最高人民法院《证据规定》第8条第3款规定:“当事人委托代理人参加诉讼的,代理人的承认视为当事人的承认。但未经特别授权的代理人对事实的承认直接导致承认对方诉讼请求的除外;当事人在场但对其代理人的承认不作否认表示的,视为当事人的承认。”

二、证明标准

(一)证明标准的定义

民事诉讼的证明标准就是指在民事诉讼中,用来衡量证明主体利用证据证明的活动是否达到了要求以及具体达到了何种程度的准则和尺度。换句话说,证明标准就是在诉讼案件中已经明定的一把尺子,当事人的证明程度跨越了该尺度,则这项证明所要证明的案件事实即认定为真。

证明标准对于民事诉讼制度的重要性主要体现在:

1. 有利于当事人对是否采取司法救济进行判断。当事人在自己的权利受到侵犯时,必然对几种存在的权利救济方式进行利益权衡。如果法律没有规定证明标准,当事人对应如何履行证明责任不明确,无法判断自己将在司法救济过程中投入多少资源;如果法律规定的证明标准太高,当事人经过分析后发现自己根本无法通过司法救济来保护自己的权利,就会转向其他救济成本较低的救济方式。

2. 是法官认定事实的准则。对于当事人的主张,由于法官处于不知情者的角度,他只有通过双方当事人提交的证据来判定曾经发生的事实。面对纷繁复杂的证据,法官以法定的证明标准为尺度判断当事人主张的事实已经得到证明还是仍然处于真伪不明的状态。

3. 是对法官自由裁量权的限制。由于证明标准的存在,当事人能够对自己主张的事实进行判断,能够在法官徇私枉法时提出异议或者上诉。这样,法官对于当事人所主张的事实就不能完全依据自己的主观意愿想认定就认定,不想认定就不认定。

(二)证明标准在实践中的体现

我国证明标准在判决中一般有这几种表示:"①'证据确实(确凿)、充分',这种表述一般在证据非常充分完全没有疑问的时候使用;②'足以认定',这种表述一般在证据虽然也很充分但法官认为尚未达

到确凿无疑的程度时使用；③‘上述事实有下列证据予以证实’，这种表述一般在证明标准不是很高但也达到了认定事实的程度时使用，不作主观评价而客观叙述；④‘上述证据能够相互印证（或互有联系），形成锁链，对事实予以认定’，这种表述一般适用在以间接证据定案的情况下，证据相对较弱，但法官认为也能够认定事实的情况；⑤‘未提供相应证据予以否认或说明理由，故对一方证据采纳并作为认定事实的依据’，这种表述一般使用在难以查明事实时推定一方主张的事实成立，即民事案件对方依据不足；⑥‘证据间产生的对抗和矛盾不能排除，故事实不能认定’，这种表述一般在双方证据相互矛盾无法排除，法官有疑问的情况下使用；⑦‘不足以推翻（或不足以认定）’，这种表述一般在虽然有一些证据但法官认为对认定事实没有把握的时候使用；⑧‘证据不足（或依据不充分），故事实不能认定’，这种表述一般出现在明显证据不足的情况下。”可见，证明标准在我国的民事诉讼实践中同样有着分层次的适用，体现法律规定的民事诉讼证明标准的最低性。

（三）我国现行的证明标准

《证据规定》第73条规定：“双方当事人对同一事实分别举出相反的证据，但都没有足够的依据否定对方证据的，人民法院应当结合案件情况，判断一方提供证据的证明力是否明显大于另一方提供证据的证明力，并对证明力较大的证据予以确认。因证据的证明力无法判断导致争议事实难以认定的，人民法院应当依据举证责任分配的规则作出裁判。”司法部门和理论界一般认为，这一规定将我国民事诉讼证明标准界定为“高度盖然性”的证明标准。

1. 高度盖然性的定义

高度盖然性，即根据事物发展的高度概率进行判断的一种认识方法，是人们在对事物的认识达不到逻辑必然性条件时不得不采用的一种认识手段。将这种认识手段运用于司法领域的民事审判中，就成为民事诉讼的证明标准。

所谓高度盖然性的证明标准，是将盖然性占优势的认识手段运用于司法领域的民事审判中，在证据对待证事实的证明无法达到确实充分的情况下，如果一方当事人提出的证据已经证明该事实发生具有高度的盖然性，人民法院即可对该事实予以确定。

2. 采用高度盖然性证明标准的理由

采用高度盖然性的证明标准，理由有四：第一，符合诉讼效益原则，有助于消除法院对案件客观真实的盲目追求。第二，有利于提高审判效率。法官可以借鉴现代自由心证的规则，结合案情对双方证据的证明力大小进行自由裁量。第三，有助于实现公平与正义。高度盖然性标准可以充分调动当事人在民事诉讼中的积极能动性，同时亦能保障当事人在诉讼中享有平等的机会。第四，有助于民事关系的及时稳定。如果将证明的标准定得过高，会导致真伪不明案件的增多，使许多民事纠纷长期得不到解决，相关的民事关系将长期处于不稳定状态。

3. 运用高度盖然性证明标准应注意的事项

在诉讼中，运用高度盖然性证明标准要注意以下几点：

①运用时不能违背法定的证据规则。②反对法官的主观臆断。③运用高度盖然性证明标准定案的依据必须达到确信的程度。④依据高度盖然性证明标准认定案件，不允许仅凭微弱的证据优势认定案件事实。⑤高度盖然性原理证明标准仍然要求最终认定的证据能够相互印证，形成一条完整的证据链，得出唯一的证明结论。

三、物权纠纷中的证明对象

物权纠纷中的证明对象因为纠纷的类型不同而存在一定的差异，物权纠纷主要包括物权受到侵害需要救济以及物权的归属不明需要确认两种类型。在物权受到侵害需要救济的纠纷中，权利人首先需要证明自己是受到侵害的物权的享有人，如相邻关系纠纷中，需要证

明自己是受侵害房屋的权利人，建筑物区分所有权的纠纷中，需要证明自己是业主。其次需要证明他人实施了违法行为，这里的违法行为既包括违反了物权法等法律规范，也包括违反了当事人之间达成的协议约定的行为。再次要证明他人的违法行为给自己造成的损失。在确认物权的纠纷中，当事人则要重点围绕自己是物权的合法权利人提供证据。

物权纠纷中程序上的证明对象主要在于主体和管辖。主体方面的证明对象就是被诉的被告姓名或者名称是否正确、是否存在主体变更等；管辖方面的证明对象就是被诉的案件是否由受案法院审理，根据我国民事诉讼法的规定，物权纠纷案件通常由以下的地方法院管辖。首先是被告住所地或者侵权行为地，而侵权行为地既包括侵权行为的发生地也包括侵权结果的发生地。如果是涉及不动产的纠纷则由不动产所在地法院专属管辖。所谓的“所在地”，行政区划上讲应当是县或相应级别的区域。因此如果是非涉及不动产的物权纠纷，需要证明被告住所地或者侵权行为地属于受案法院管辖。

第四节　举证责任

一、举证责任的定义

人民法院审理民事案件要做两项工作：一是认定案件事实；二是适用法律。其中认定事实是适用法律的基础和前提，是整个民事诉讼的中心，我们常说的“以事实为根据”实际上就是“以证据为根据”，事实的认定则是通过证明活动来实现的，对证据的收集和审查判断，由此认

定案件事实，进而才能正确地适用法律，这就需要确定当事人的举证责任。

举证责任是指在法律规定或法院指定的诉讼期间内，当事人对其主张的事实承担向法院提供证据并加以证明的义务。它是提供证据责任和说服责任的统一，其本质是一种义务。举证责任，是民事诉讼的核心问题，它直接规划着民事诉讼的构造形态，在民事诉讼中有着举足轻重的地位。

二、举证责任的分配

(一)举证责任分配的意义

举证责任分配是指当事人按照法律规定的由哪一方当事人承担举证责任的固定分配规则及举证时限的要求，对自己提出的诉讼主张各自承担提供哪些证据的责任，是举证责任的性质的外化及其功能的表现，其意义在于由法律预先规定在事实真伪不明状态时，由哪一方当事人来承担对其不利诉讼后果的风险，因此具有指引法官正确裁判的功能。凡主张权利的当事人，应就权利发生的法律要件存在的事实负担举证责任，否认权利存在的当事人，应就权利发生妨害法律要件、权利消灭法律要件或权利制约法律要件的存在事实负担举证责任。这种划分标准的功能设置体现在审判实务中，当遇有当事人所主张的待证事实不明，且在双方均不能予以证明的情况下，法官可据此径行对该待证事实进行归类，从而确定应负担举证责任的当事人，根据举证责任履行的效果，从而作出相应的裁判，将败诉的结果判给经举证责任分配之后产生不利影响的一方当事人。这为法官在待证事实处于真伪不明状态时如何作出裁判产生了指示作用。例如在借贷法律关系诉讼中，原告请求返还借贷合同标的物，主张取回权，仅就双方订立了借贷合同及交付标的物这一事实负担举证责任就可以了，对双方均有民事行为能力及订立合同时不存在欺诈、胁迫等导致合同无效从而妨碍取回权产生

的事实应由被告负担举证责任。

（二）举证责任分配的负担主体

举证责任的负担主体应当是与案件在实体上有利害关系，且在诉讼中能提出自己独立诉讼主张的当事人，包括原告、共同诉讼人、第三人。其他诉讼参与人都不是举证责任负担的主体，不承担举证责任。诉讼代理人在诉讼中向法院提供证据只是为维护被代理人的利益，以被代理人的名义，代替或帮助被代理人参加诉讼，本人与案件处理结果无任何利害关系；证人、鉴定人、翻译人员参加诉讼只是履行法定义务协助法院查明案情，与案件处理结果也无利害关系。上述人员提出证据的活动仅是民事诉讼中的证明活动而已，他们并不负担举证不能或不足的后果责任，所以他们不是举证责任负担的主体。

（三）举证责任分配的一般原则

1. 谁主张，谁举证

这一原则是各国民事诉讼法普遍适用的原则。当事人对自己提出的主张有提供证据加以证明的责任。以原告为例，原告在起诉时必须在诉状中写明证据和证据来源，证人姓名和住所，并能证明原、被告具有本案诉讼当事人的资格，所起诉的法律关系成立及受理法院有管辖权，法院才能受理该案。在诉讼中原告还必须补充提供足以胜诉的证据才能使自己的诉讼主张获得法官的支持。被告在应诉、答辩过程中对自己的诉讼主张及否认、反驳原告的主张或者提出反诉都必须以一定的事实做基础并提供证据加以证明，其主张才能得到法官的支持。只有少数情况下当事人只提出自己的诉讼主张而不必提出证据证明也可能胜诉，如被告对原告的诉讼主张做认可表示，免除原告提供证据的责任，原告就可以不必提供证据而获得胜诉。

2. 举证责任的后果责任一般由原告承担

举证责任应从行为意义和结果意义两种层面理解，后果责任指案件事实处于真伪不明状态时，由负担举证责任的当事人承担不利于己

方的诉讼后果。作为当事人地位完全平等的民事诉讼都是由原告首先发起诉讼的，应由原告负担举证责任，即如原告不能举证或其举证不能充分证实其诉讼主张，法官就应作出有利于被告的裁判。原告在提起诉讼之前都是经过反复考虑、权衡利弊，准备是比较充分的，而被告尽管有15天的答辩期，但比起原告来其准备程度差得远；司法实践中由于原告法律知识的缺乏或是品格低下等原因还经常出现原告滥用诉权随意起诉他人，甚至恶人先告状的现象，而且长时间以来法官形成一种偏见，凡是先起诉的好像都有理，出现一种无意识偏袒原告的现状；现行法律对原、被告权利义务有许多不平等的规定，以撤诉制度为例，我国民事诉讼法规定，原告撤诉只须法院裁定是否准许，无须被告同意，且原告可以就同一诉讼请求反复起诉，启动诉讼程序；原告无正当理由不出庭只是按撤诉处理，被告不出庭，却可以缺席判决，甚至拘传，对被告因原告不出庭给其造成的损失，原告却不承担任何责任，这些规定都损害了被告的诉讼利益和实体利益，对被告是不公平的。总之，被告在诉讼起始阶段就处于一种不利的诉讼地位，因此一般情况下应由原告负担举证责任，物权纠纷中普遍适用的是"谁主张，谁举证"的一般举证责任原则。

（四）举证责任倒置

举证责任倒置，指基于法律规定，将通常情形下本应由提出主张的一方当事人（一般是原告）就某种事由不负担举证责任，而由他方当事人（一般是被告）就某种事实的存在或不存在承担举证责任，如果该方当事人不能就此举证证明，则推定原告的事实主张成立的一种举证责任分配制度。在一般证据规则中，"谁主张，谁举证"是举证责任分配的一般原则，而举证责任的倒置则是这一原则的例外。作为举证责任分配原则的例外，举证责任倒置与一般原则有以下区别：

（1）从举证主体上看，实行举证责任倒置的诉讼，对确定的事实承担举证责任的主体是侵权行为人，是诉讼中的被告；而一般原则对某一

事实承担举证责任的主体是提出主张的当事人,可能是原告也可能是被告,即举证主体不确定。

(2)从举证内容上看,适用举证责任倒置的诉讼,法律明确规定了侵权人对哪些事实承担举证责任,如第三人有过错、受害人有过错、侵权人无过错、侵权行为与损害事实之间不存在因果关系、法定免责事由等事实,除此之外的事实,则按一般原则分配举证责任;而一般原则仅是概略地规定了当事人对自己主张的事实承担举证责任。

(3)从举证不能的法律后果看,适用举证责任倒置的诉讼,如果侵权人对法律规定的事实不能举证证明,则推定该法定的事实有利于受害人。侵权人和受害人可以预知侵权人举证不能时的法律后果;而一般原则规定了当事人对主张的事实承担举证责任,但是法律未明确哪些事实须由当事人承担举证责任,所以,当事人无法预知举证不能时的不利后果。

(4)从适用范围上看,举证责任倒置仅适用于民事侵权诉讼,且大多是特殊侵权诉讼;而一般原则广泛适用于民事诉讼中,即便是适用举证责任倒置的诉讼,除法律规定由侵权人承担举证责任的事实外,案件的其他事实应当按一般原则分配举证责任。

(5)从司法适用上看,举证责任倒置规范是强行性法律规范,无论当事人是否主张,法官必须适用,并且不能任意扩大其适用范围;而一般原则中,法官可以自由裁量,且随诉讼的进行会发生举证责任的转换。

最高人民法院2001年12月6日制定的《关于民事诉讼证据的若干规定》第2条通过对民事诉讼法第64条的解释确立了举证责任分配的一般规则,第4条、第7条则作为例外规定了举证责任倒置的内容,这些都是针对一般的举证责任分配原则所设立的例外规定。

三、举证责任的转换

在民事诉讼进行中，举证责任的转换是证明责任中常常遇到的，举证责任并非自始至终地由一方当事人承担，举证责任是可以转换的，转换过来的行为，经过对方当事人的积极举证，到一定的程度，又转换到原来承担该责任的当事人一方去，行为责任的这样来来回回于当事人之间承担举证责任的诉讼现象，称为证明责任的转换。

在具体的诉讼中，负有证明责任的当事人如果已对自己主张的事实提出证据加以充分证明时，这种责任就会从他身上暂时消失。如果对方当事人要否认，就应提出证据加以证明，证明责任转换于另一方当事人。至此，举证责任已经发生了转换。如果他已有足够的证据加以证明，也可以不再举证，如果对方当事人再以事实反驳，他就应该对其主张再提出证据加以证明，这时，举证责任又一次发生转换。例如原告对自己的主张提出举证，被告否定的，举证责任就转换给被告，由被告提供该证据，如果被告只以口头否认无正当理由拒不提供证据或者举不出证据，则应推定原告主张成立；若被告提供的证据能否认原告提供的证据，则举证责任再转换由原告举证，如果原告只以口头否认无正当理由拒不提供证据或者举不出证据，则应推定被告的主张成立。提供证据的责任会随着举证活动的进行发生转换，法定的证明责任不发生转换。通过当事人之间的这种举证责任的转换，可以帮助人民法院查明事实，分清是非。

举证责任的转换是以一方当事人提出足以推翻前一事实的证据为前提。不理解这一前提就容易将举证责任分配与举证责任转换相混淆，举证责任分配解决的是举证责任的静态划分，而举证责任转换解决的则是举证责任的动态变化问题。

民事诉讼实际上就是当事人之间的证据对抗过程，双方当事人为支持自己主张的事实而进行的交替举证的辩证矛盾运动过程。因而符

合事物本身过程的否定之否定矛盾运动规律,民事诉讼就是这样不断地由肯定到否定,再由否定到否定之否定的过程。

第五节 证据收集

民事诉讼程序在实质上是围绕证据这个中心而运转的,而证据在民事诉讼程序中有两个明显的阶段:一是证据的收集与调查;二是证据的使用与判断。这两个阶段是密切相联的。首先要有证据的收集和调查,然后才有证据的使用与判断。缺乏前者,后者便成为无米之炊了。所以,证据的收集与调查是前提和基础,证据的使用与判断是前者自然的发展和延伸。

一、证据收集的定义

所谓证据收集,是指在诉讼中证明的主体(包括审判人员、当事人及其诉讼代理人)运用法律许可的方法和手段,发现、采集、提取证据和固定与案件有关的各种证据材料的活动。

证据收集的特征:

(一)证据收集的方法必须合法

根据我国法律的规定,当事人提供的证据必须合法。实践中,证据不合法主要有以下几种情形:①收集或提供主体不合法。如未成年人或精神病人作证人提供证言,即不符合法律对于证据收集、提供主体的规定。②取证程序不合法。最高人民法院《证据规定》第 68 条规定:"以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的证据,不

得作为认定案件事实的依据。”如以暴力、威胁、欺骗、引诱、收买等非法方法收集的证据。③内容不合法。即不能证明案件真实情况或虚假的、无证明力的事实材料，因对案件事实的查明毫无意义而为非法证据。

（二）证据收集的主体是司法机关的工作人员、当事人及其诉讼代理人

在我国，证据收集是司法机关运用证据、认定案件事实的基础工作。民事诉讼法第 64 条第 1 款、第 2 款规定：“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，人民法院应当调查收集。”这两款规定确立了我国民事诉讼活动中证据的调查和收集的基本制度框架，对法院和当事人在举证中的作用分担作出了原则性的规定。也就是说，民事诉讼中的证据主要由双方当事人承担，只有在法定情形下，人民法院才应该调查收集证据。律师在参与诉讼的时候，也有收集证据的权利。律师法第 30 条第 1 款规定：“律师参加诉讼活动，依照诉讼法律的规定，可以收集、查阅与本案有关的材料，同被限制人身自由的人会见和通信，出席法庭，参加诉讼，以及享有诉讼法律规定的其他权利。”这款规定为参与诉讼的律师享有收集证据的权利提供了法律依据和保障。其中，密切注视法院的收集证据工作，随时阅卷，随时就证据的分析、判断和运用与审判员交换意见是律师工作的重中之重。

（三）收集到的只是证据材料

通过调查收集获得的仅仅是证据材料，还不能称为真正的证据，也就是说还不能够作为定案的根据。证据材料只有在经过了法庭查证，通过了审查判断，核实了真假之后，才能成为定案的证据。在民事诉讼案件中，双方当事人所出示的证据材料必须经过双方当事人质证，并且得由法庭查证，核实比对，确定属实，才能成为真正意义上的证据，才能成为定案的根据。

二、证据收集的原则

调查取证中应当注意的问题：

（一）客观性原则

不管采取哪种方法收集证据，都要以客观性为前提，千万不能篡改、伪造证据。实务中存在不少这样的案例，本来具有一定证明力的证据因此而出现了不应有的疑点，最终导致败诉。比如有的当事人为了获取更多的损害赔偿金而自伤脸部，有的当事人私自添加合同内容，有的当事人故意剪切视听资料，还有的当事人和证人恶意串通伪造证据。这样做不仅不能增强证据的证明力，反而因证据上的疑点使证据失去了客观性的基础，结果是赔了夫人又折兵，有的甚至构成犯罪。

（二）必要性原则

所谓收集证据的必要性，就是举证责任的问题。只有当你负担举证责任的时候你才有必要去收集证据，如果举证责任在对方当事人，你大可不必费时、费力地去收集证据。所以我们在收集证据之前一定要搞清楚有没有这个必要，有没有这个责任。

（三）及时性原则

及时性就是说收集证据一定要讲求时效，早比晚好。如果收集证据不及时，当事人就可能因举证时限和诉讼时效的规定而败诉。收集证据一定要快，晚了可能就来不及了。

（四）防患性原则

这里的防患就是说要注意证据的保全，防止其他因素影响证据的证明效力。比如交易时请见证人见证或者到公证处举行公证。即使远程交易碍于空间的限制，也可以通过传真公证来确定证据的效力。我们常见的合同登记、备案的做法，以及新兴的手术公证等，都是出于这个目的。重要的证据不能由一方单独保存，以免遗失或者一方单独毁坏证据。这些都是防患于未然，是值得借鉴的做法。

（五）文书证据优先原则

书证以其记载的内容来证明案件事实，易于固定，便于采信，证明效力比较高。一般认为，口头证据或其他证据不可更改文书证据。比如合同约定价款，不得通过鉴定改变。所以书证是民事诉讼运用最普遍的一种证据。我们在收集证据过程中也应特别重视收集书证。

（六）合法性原则

合法性就是说证据的调查、收集、审查都必须符合法定的程序，否则都不能作为定案的依据。比如用盗窃的方法取得的借据，或者以私拆他人的信件为手段获取的证据都是非法证据。非法证据在美国被喻为毒树之果，不论这种果实看起来多么诱人，均被推定为有毒而加以排斥。

三、证据保全

（一）证据保全的定义

证据保全是指在证据有可能毁损、灭失或以后难以取得的情况下，人民法院对证据进行保护，以保证其证明力的一项措施。证据保全是证据收集的一种手段。

（二）证据保全的条件

证据保全的条件有以下几个：第一，待保全的事实材料应当与案件所涉及的法律关系有关，即应当是能够证明案件有关事实的材料；第二，待保全的事实材料存在毁损、灭失或以后难以取得的可能性；第三，就时间而言，在需要进行保全的时刻，待保全的证据还未到可将该证据提交到法院的时刻或当事人无法将该证据提交法院。

（三）证据保全的程序

1. 证据保全提出的主体。通常情况下，是由当事人申请，有些情况下也可以由人民法院依职权决定，主动采取保全措施。

2. 证据保全提出的时间。根据《证据规定》，当事人向人民法院申请保全证据，不得迟于举证期限届满前 7 日。

3. 证据保全的提出步骤。当事人申请证据保全的，应当提出书面申请，说明证据保全的理由、保全的对象及待保全证据所在之处等。对当事人提出的申请，人民法院应当予以审查，并尽快决定是否同意申请，同时人民法院可以要求当事人提供相应的担保。

（四）证据保全的措施

对于证据保全的措施，民事诉讼法没有作出具体规定，在《证据规定》第24条中规定，人民法院进行证据保全，可以根据具体情况，采取查封、扣押、拍照、录音、录像、复制、鉴定、勘验、制作笔录等方法。

实践中根据证据种类的不同而有所区别：对书证，要尽可能提取原件，提取原件确有困难的，可提取复制品、照片、副本、节录本等加以保全；对物证，可通过勘验笔录、拍照、录像、绘图、复制模型或者保持原物的方法保全；对视听资料，可通过录像、录音反映出现的形象或音响，或者利用电子计算机储存的资料加以保全；对证人证言、当事人的陈述可采用笔录或者录音的方法加以保全，并力求准确、可靠，保持其原稿或原意，笔录经本人核对盖章后，正式附卷加以保存，不得损坏或未经批准而销毁；等等。

人民法院保全证据，可以要求当事人或者诉讼代理人到场。当事人或者其诉讼代理人拒不到场的，不影响人民法院采取证据保全措施。

四、当事人收集证据的机制

在民事诉讼中，证据收集机制存在于两个主要的阶段：一是诉讼开始前；二是诉讼开始后。

（一）诉前证据收集

在诉讼开始前，当事人应当在诉讼时效范围内，尽量收集充分的证据，以使诉讼能够获胜，这样也可节省诉讼成本，缩短诉讼周期。诉前调查收集证据是极其重要的，它至少有这样几个功能：其一，有了充分的证据，就增加了与对方进行诉讼前谈判从而寻求和解解决的筹码。

如果没有收集到充分的证据,则该特定纠纷进入诉讼阶段加以强制性解决的可能性便增大。其二,有了充分的证据,即使纠纷被迫进入诉讼轨道,也有利于庭外调解的达成,同时在庭外调解无济于事时,也有利于法院当即作出己方有把握的裁判。

实践中,当事人在诉前可以采用以下方式调取证据:

1. 当事人自行收集证据

当事人是纠纷主体,也是将来所涉诉讼中的诉讼主体。因此,当事人收集证据具有两大优势:一是情况熟悉,可以最为充分地利用各种关系收集证据,化消极因素为积极因素。二是积极性高,因为证据收集状况直接关系到庭外和解能否成功,同时也关系到将来诉讼能否成功。正因如此,民事诉讼法多次强调当事人具有收集证据的诉讼权利。司法者对当事人收集证据在合法性上也给予了最大限度的宽容。当事人收集证据是一个普遍现象,也是经历时间跨度最大的收集证据方法。从纠纷发生以前,当事人便注意保全证据。到发生纠纷后,当事人会采取补救措施收集证据。直到诉讼中,甚至法院作出裁判后,当事人也可能会热衷于证据的收集。因而,当事人自行收集证据的机制最值得重视。当事人收集证据的方法是形式多样的。这里仅介绍常用的几种:

(1)预防型的证据收集机制。在当事人进行民事交往过程中,事先保留证据。预防性的证据收集机制所收集的证据,是与正常的民事活动呈同步状态的。主要的方法包括:第一,书证法。第二,见证法。第三,公证法。第四,登记备案法等。

(2)同时型的证据收集机制。这是在纠纷发生过程中收集证据的方法。纠纷发生的过程,实际上就是证据形成的过程。此时,纠纷主体可以采用各种方法收集证据。比如在交通事故案件中,可以请过往行人作为证人,在当时就以书面形式固定保存证人证言。再比如,在一起邻居楼上下水案中,楼上某住户装修将废物任意丢弃在管道中,致使楼

下堵塞,"水漫金山"。楼下住户多次劝阻,仍未见效。在这种情况下,该住户选择让周围邻居来现场见证的方法固定证据。这样届时发生诉讼,这些见证人即可被传唤为证人。同时该住户还到居委会、物业管理委员会反映情况,这些公共部门或中立性单位到现场勘察,并作出记录,也是有效、有力的证据。

(3)事后补救型证据收集机制。利用这种方法收集证据的具体途径是与对方交涉,获得其对事实的认可。这种情况一般发生在案件事实发生后,原告方缺乏证据之时。原告方缺乏证据,到法院草率起诉也会落得败诉的结果。因此,纠纷发生后,原告方首先要想方设法寻找证据。如果纠纷事实只有双方知晓,则在纠纷外化之前,要尽量心平气和地与对方交涉,在交涉过程中,采取措施录取对方的证词。比如说可以录音,将对方在该纠纷中的事实行为以及存在的错误情节用视听资料的形式录存下来,这样可以在诉讼之时用得上。这种证据收集方法可以称为"事后补救证据方法"。

2. 申请公证机关进行证据保全

根据公证法的规定,公证机关的法定业务之一便是"保全证据"。这里所说的"保全证据",是指在纠纷发生后对证据的保全,与纠纷发生前的公证证明行为是有区别的。民事诉讼法第 59 条规定:"人民法院对经过公证证明的法律行为、法律事实和文书,应当确认其效力。但是,有相反证据足以推翻公证证明的除外。"该条所规定的内容,并不是证据保全,而是对法律事实的证明行为,该证明行为具有特别的证明效力,法院一般不得予以推翻。这可以称之为"公证证据"。公证证据具有推定为真的效果。但公证机关所进行的证据保全,则仅是当事人利用公证机关收集证据的方法之一,它所收集的证据,除其形式真实性外,它仅是普通证据,不具有特殊的效力。比如,双方当事人就遗产发生争议,本案中涉及的关键证人将去国外定居,当事人在起诉前委托公证机关对该证人证词进行保全。该被保全的证词,可以在诉讼中提供

作为证据使用，但这并不能使之成为具有推定为真的证据效力，该证词是否符合客观实际情况，还需要法院加以判断。在此意义上，该证词与当事人自行收集的证词，在效力上并无二样。这可以称为"公证证据保全"。公证机关所保全的证据，在证明力上较之普通证据只有一点区别：即它具有形式真实性，其形式真实性是受到了推定保障的。如刚才所举例子中的证人证言就有这种效果。该证人证言在经过公证后，可以证明一点：就是该证词确实是该证人所作出的。但该证词是否能够证明案件事实，则不能获得推定。在诉前，当事人能够充分运用公证机关收集、保全证据，是一个做好诉前准备的有效措施。

3. 申请鉴定机关进行鉴定

鉴定结论是民事诉讼中常用的证据形式，它既可以使用在诉讼发生前，也可以使用在诉讼发生后。在诉讼发生前，一般由当事人自己申请有关部门或个人进行鉴定，有关部门或个人既可以接受，也可以拒绝此种要求鉴定的申请。所以，诉前鉴定不受民事诉讼法调整，但可能会受其他部门法律调整。如某人购买了一台品牌电脑，打开电脑后发现软件不正常，怀疑是盗版软件，因而与销售者交涉更换，销售者否认此为盗版软件。作为消费者，对电脑软件是否为正版并不十分在行，因而判断鉴别也较困难；如果贸然起诉，则有可能被判败诉。为此，它申请有关技术监督局对此进行鉴定。有关技术监督局在鉴定后出具鉴定结论，认定此为盗版软件。在有此证据后，消费者向法院起诉，后获胜诉判决。这种收集证据的方法可称为"诉前鉴定保全证据法"。随着鉴定机构日益社会化、中介化和非垄断化发展，在诉前通过鉴定的方式来提取、收集证据将会越来越普遍，越来越重要。

4. 请求国家行政管理部门介入纠纷的解决

在民事纷争发生后，可以向有关国家机关或社会公共团体请求介入处理，公共机关在处理的过程中，会对双方当事人进行询问，并作出有关笔录。而且，也可能向有关部门和个人调查收集证据。这些证据，

在将来的民事诉讼中均可以使用，而且因为其有公信力的保证，其证明力往往较高。例如，在打架斗殴之后，受害人可以向公安派出机构报案，公安派出机构对此纠纷在处理过程中，会作出有关笔录，甚至会作出有关处理，这些均可以作为证据使用。再如在交通事故发生后，请有关交通管理部门进行调处，这也同样可以保全证据。这种证据收集方法一般使用在可以或者需要由有关公权力机关对此类纠纷先行处理的情况下。

5. 申请法院进行诉前证据保全

根据民事诉讼法及其相关司法解释的规定，我国实际上已经确立了诉前证据保全的制度。当事人或利害关系人申请诉前证据保全，主要是对物证的保全，同时还包括对视听资料、书证的概念实物证据的保全。法院保全证据还可以采取勘验的方法，采用勘验的方法所保全的证据为勘验笔录。勘验笔录可以在诉前形成。同时对涉及专门技术性问题的事实，法院根据当事人或利害关系人的申请，还可以通过鉴定来保全证据。对证人证言、当事人陈述，如果发生突变情况，或者发生因时间的流逝将使证人无法清晰作证的情况，则法院可以根据当事人或利害关系人的申请对证人证词或当事人陈述进行笔录保全。总之，在任何种类的民事案件中，当事人或利害关系人均可以申请法院采取诉前保全措施。当然，对于当事人或利害关系人的诉前保全证据的申请，法院要进行必要性审查；只有在情况紧急时，诉前证据保全才是被允许的。如果当事人在起诉后申请法院进行诉讼中的证据保全，法院则应驳回当事人提出的诉前证据保全申请。在法院采取诉前保全措施后，当事人或利害关系人在法定时间段里如果没有向法院提起诉讼，则此种保全措施应当予以解除，或者将有关证据予以销毁或发还，同时申请人还要就此所造成的损失承担赔偿责任。

6. 委托调查公司收集证据

随着信息产业的迅猛发展，各种名目的调查公司如雨后春笋般形

成发展起来,其数量已达数万家,仅北京地区就有数千家左右。这完全是市场经济发展下的产物,是自发形成的一个新兴产业。在这些调查公司的经营范围中,大多可以看见这样一栏:接受委托,调查收集各种证据。这种调查公司所进行的证据调查行为,理论上概称为“私人侦探”。“私人侦探”这个字眼来源于西方国家,实际上是一种运用私力救济手段收集证据的方法。对于“私人侦探”收集证据,我国立法并没有对此加以明文调整,究竟是合法还是非法还处在争论之中。

实际上,私人侦探所收集的证据与当事人本人所收集的证据或者其委托律师所收集的证据,在来源的时间点上只有一个程度差异,而没有本质的差别。因此,对于私人侦探所收集的证据,无疑要进行合法性判断,但此一判断标准与当事人或利害关系人或诉讼代理人在收集证据时所适用的标准是同一的。也就是说,从私人侦探收集证据的行为本身加以判断:若其行为侵害了有关人的合法权益或者违反了法律的强制性规定,则该特定证据便属于违法收集的证据,应受排除,不得作为认定案件事实的根据。反之,若私人侦探收集证据的行为本身是合法的,则不因其收集主体为当事人或利害关系人以外的私人侦探而受到排除。

收集民事诉讼证据的重要机制之一便是委托调查公司的私人侦探。使用这种方法收集证据,最为重要的注意事项便是其合法性,因而要选择比较正规的、有一定知名度的调查公司担当其任,这样做虽然较贵,但比较保险。

7. 委托律师调查取证

律师是专门从事法律工作的,以向社会提供法律服务为职业。律师不仅具有丰富的法律知识,而且具有丰富的办案经验和熟练的诉讼技巧,能在不同的诉讼阶段为当事人作出适当的选择。一般说来,律师调查取证要比当事人调查取证方便得多,收集证据的范围也更加广泛。这一点不仅在立法上有所体现,在司法实践中法官往往也会对律师另

眼相待、提供更多的方便。

（二）诉讼中的证据收集机制

原则上，当事人在诉前可以用的方法，在诉讼中均可以继续使用。不过，与诉前相比，在诉讼中收集证据也有一些特殊的表现：

1. 当事人收集证据的权利有一定的程序保障和制度保障。

在诉讼中，当事人仍然可以行使广泛的证据收集权，但当事人在收集证据的过程中一旦受到阻碍，则可以“客观不能”为由向法院申请调查。这是与当事人诉前收集证据的权利不同的一个地方。

2. 当事人可以通过申请证据交换的方式收集证据。

最高人民法院《证据规定》第37条规定：“经当事人申请，人民法院可以组织当事人在开庭审理前交换证据。”在交换证据中，可以做到证据资源的共享共用，同时弥补己方证据之不足。比如，在某合同纠纷案件中，原告起诉于法院，诉称对方违约，在提供证据时找不到双方在商谈时的备忘录，而对方当事人有该备忘录。原告便申请法院主持证据交换。证据交换使对方有可能会因需要利用该备忘录而主动交换该证据，这就使原告方获得了他原本所不具有的证据。可见，证据交换具有收集证据的功能。此外，在诉讼过程中，当事人还可以利用推定法则收集证据。《证据规定》第75条规定：“有证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒不提供，如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人，可以推定该事实的存在。”比如，在一起保管国库券的合同纠纷中，原告提出合同、证人等证据证明被告方单独拥有本案中的关键证据，即原告每次交付国库券给被告保管时，由被告在记录簿上记载，双方在其上签字。诉讼时，关于被告所遗失的国库券究竟有多少发生了争议，原告请求被告提供该关键性证据。被告推托说找不到了。此时，如果被告拿不出有力的证据证明该记录簿确实丢了，那么，法院就应作出对被告不利的推定。可见，当事人在诉讼中收集证据，比诉讼前收集证据，具有更多的保障性。

五、法院调查取证的机制

如前所述，我国民事诉讼证据收集机制采用的是"当事人收集证据为主，法院调查证据为辅"的立法模式。法院对证据的调查收集除诉前证据保全外，主要就是在诉讼开始后，发动职权调取证据。根据民事诉讼法及最高人民法院有关司法解释的规定，法院调查收集证据的运作方式主要有以下两种：

1. 主动依职权调查收集证据。在涉及可能有损国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的事实以及有关程序事项时，法院应当主动依职权调查和收集证据，而无须当事人提出取证申请。比如，双方恶意串通，订立损害国家利益的协议，使国有资产可能会有所流失，在这样的情况下，法院应主动向有关部门调查情况，收集证据，并据此确认其无效。再如，在一起债务纠纷案件中，原告提出借据一份，被告当即予以承认并同意调解。此时法院应当依职权审查该借据的真实性，并询问被告配偶一方是否对此知情。实践中，往往有配偶一方在离婚之前有意捏造虚假债务，从而达到减少夫妻共同财产的目的。

2. 根据当事人的申请取证。在法院主动依职权调取证据的范围被缩小了以后，当事人提出证据调查的申请变得日益重要。如果缺乏当事人及时提出的证据调查申请，法院一般不主动调查证据。在当事人提出证据调查申请后，法院是否启动调查取证的机制还取决于法院的审查判断，只有在当事人提出的该项申请符合法院取证范围之时，法院才有义务调查取证，否则法院应当裁定驳回该项申请。

但是，如果当事人的调查证据申请符合法律规定的情形和条件，法院拒绝调查取证，法院的此种不作为也属于程序严重违法，构成上级法院发回重审或启动再审的理由。比如，原告诉被告排除妨碍，作为施工单位的被告拿出政府有关部门出具的开挖地下管道的施工许可证，该许可证上并没有明确将争议地段列在里面，而仅用一个"等"字概括。这个"等"字是否包括该争议地段，双方解释不一，成为争议焦点。法院

行使阐明权,要求原告提供证据对此加以证明。原告代理律师到签发该施工证有关政府部门取证,政府部门认为"等"字不包括争议地段在内,但不愿到法庭作证,也不愿出具有关书面证明,表示只有法院来才给其出具证明。原告律师告之法院,法院推诿不去调查证据,理由是该项证据不在其调查范围之内。法院的此种解释显然是无法律根据的,因为这属于法院取证的范围。

当事人申请法院调查取证应当注意两点:一是申请调查的证据范围,必须符合法定情形;二是此项申请必须在举证时限届满前提出。

在民事诉讼中,当事人不仅作为诉讼中的主人而享有权利,同时也在诉讼中负有责任——调查收集证据的责任。这就要求我们在平时的日常生活中就要注意收集、保全证据。这样我们在诉讼开始的时候就可以做到万事俱备,在很大程度上降低败诉的风险。我们应该充分利用各种力量、各种资源积极收集证据,包括律师、调查公司、公证机关、鉴定机构、行政机构、法院等,这些力量都是可以利用的。取证手段层出不穷,关键在于能否利用现有的法律资源及时收集到有效的证据。这样不仅能在诉讼中获得大量机会,而且能实际减少诉讼的成本。在诉讼之前可以避免诉讼,不战而屈人之兵;提起诉讼以后也会缩短诉讼的过程,获得有利的裁判。

第六节　举证时限和证据交换

一、举证时限

(一)举证时限的定义

举证时限制度是指负有举证责任的当事人应当在法律规定或法院

指定的期限内提出证明其主张的相应证据，逾期不举证则承担证据失效法律后果的一项民事诉讼期间制度。

在民事诉讼发展早期，为实现判决结果的公正，对当事人在审判过程中随时提交与案件有关的证据人民法院均认可，随着经济的多元化影响，这一权利被一些当事人滥用，有些当事人故意在审判后期提交证据，用突然袭击提交证据的方式影响案件的审理时限，严重地影响到了诉讼的效率，甚至影响到了案件的公正与判决。

为此，最高人民法院《证据规定》第 34 条规定，当事人应当在举证期限内向人民法院提交证据材料，当事人在举证期限内不提交的，视为放弃权利。这就把证据的“随时提出主义”改为“适时提出主义”，提高了审判效率，保证了案件双方的公平举证，从而保证了案件结果的公正。

（二）举证时限制度的基本内容

1. 举证期限的确定

举证期限可以由当事人协商一致，并经人民法院认可；双方不能协商一致的，由人民法院指定举证期限的，指定的期限不得少于 30 日，自当事人收到案件受理通知书和应诉通知书的次日起计算。

2. 举证时限的法律效力

当事人应当在举证期限内向人民法院提交证据材料，当事人在举证期限内不提交的，视为放弃举证权利。对于当事人逾期提交的证据材料，人民法院审理时不组织质证。但对方当事人同意质证的除外。当事人增加、变更诉讼请求或者提起反诉的，应当在举证期限届满前提出。当事人变更诉讼请求的，人民法院应当重新指定举证期限。

3. 举证期限的延长

当事人在举证期限内提交证据材料确有困难的，应当在举证期限内向人民法院申请延期举证，经人民法院准许，可以适当延长举证期

限。当事人在延长的举证期限内提交证据材料仍有困难的,可以再次提出延期申请,是否准许由人民法院决定。

4. 举证期限届满后的新证据

一审程序中的新的证据包括:当事人在一审举证期限届满后新发现的证据;当事人确因客观原因无法在举证期限内提供,经人民法院准许,在延长的期限内仍无法提供的证据。二审程序中的新的证据包括:一审庭审结束后新发现的证据;当事人在一审举证期限届满前申请人民法院调查取证未获准许,二审法院经审查认为应当准许并依当事人申请调取的证据。

当事人在一审程序中提供新的证据的,应当在一审开庭前或者开庭审理时提出。当事人在二审程序中提供新的证据的,应当在二审开庭前或者开庭审理时提出;二审不需要开庭审理的,应当在人民法院指定的期限内提出。

当事人经人民法院准许延期举证,但因客观原因未能在准许的期限内提供,且不审理该证据可能导致裁判明显不公的,其提供的证据可视为新的证据。

当事人举证期限届满后提供的证据不是新的证据的,人民法院不予采纳。

二、证据交换

(一)证据交换的定义

所谓证据交换,是指在人民法院的组织下,当事人之间将各自持有的证据与对方进行交换。证据交换是审前程序的重心,证据交换的目的在于,通过证据交换使当事人在庭审前即将全部证据提出,整理案件争点,固定争点和证据,以保障开庭审理的顺利进行。最高人民法院在《证据规定》第 37 条中明确将证据交换作为一项制度加以规定:"经当事人申请,人民法院可以组织当事人在开庭审理前交换证据。人民法

院对于证据较多或者复杂疑难的案件,应当组织当事人在答辩期届满后、开庭审理前交换证据。”

(二)证据交换制度的基本内容

1.证据交换的启动

经当事人申请,人民法院可以组织当事人在开庭审理前交换证据。人民法院对于证据较多或者复杂疑难的案件,应当组织当事人在答辩期届满后、开庭审理前交换证据。

2.证据交换的期限

交换证据的时间可以由当事人协商一致并经人民法院认可,也可以由人民法院指定。人民法院组织当事人交换证据的,交换证据之日举证期限届满。当事人申请延期举证经人民法院准许的,证据交换日相应顺延。

3.证据交换的程序

证据交换应当在审判人员的主持下进行。

在证据交换的过程中,审判人员对当事人无异议的事实、证据应当记录在卷;对有异议的证据,按照需要证明的事实分类记录在卷,并记载异议的理由。通过证据交换,确定双方当事人争议的主要问题。当事人收到对方交换的证据后提出反驳并提出新证据的,人民法院应当通知当事人在指定的时间进行交换。证据交换一般不超过两次。但重大、疑难和案情特别复杂的案件,人民法院认为确有必要再次进行证据交换的除外。

4.证据交换的法律效力

当事人在证据交换过程中认可并记录在卷的证据,经审判人员在庭审中说明后可以作为认定案件事实的依据。

第七节　质证和认证

一、质证

（一）质证的定义

质证，俗称对质，是指当事人之间通过听取、审阅、核对、辨认等方法，对提到法庭的证明材料的真实性、关联性及合法性作出的判断，无异议的予以认可，有异议的当面提出质疑和询问的过程。我国民事诉讼法第66条规定，证据应当在法庭上出示，并由当事人互相质证。而最高人民法院的《证据规定》第47条规定，证据应当在法庭上出示，由当事人质证。未经质证的证据，不能作为认定案件事实的依据。

质证的目的是为了就证据的可采性和证明力对法官心证产生影响，使法官能够判定证据能力和证明力。这是我国民事诉讼程序中的重要一环，也是诉讼正当程序的重要标志。质证制度的设立有助于审判的公正，并且是约束法官恣意审理的有效机制。

（二）质证的特点

1. 质证是当事人法定的诉讼权利。质证是法律明确规定的当事人重要的诉讼权利，质证保证了当事人对于诉讼的参与性，通过质证当事人可以充分表达自己对于案件证据材料的看法和意见，从而对审判的结果产生实质性的影响，使审判的结果更具有可接受性和公正性。

2. 质证是人民法院事实认定的前提，也是审查和判断证据证明力的基础。在民事诉讼中当事人收集和提交的证据材料真伪并存，人民法院只有在证据材料查证属实时，才能作为认定案件事实的根据。为

了使证据材料转化为证据，只有充分发挥庭审质证的作用，排除与案件事实无关的、虚假的和非法收集的证据材料。然后，在此基础上对于证据的证明力进行分析和判定，以帮助法庭查明案件的事实，作出正确的裁判。

3. 质证的主体必须是双方当事人，并且只能以言词方式进行质证。质证的主体也有广义和狭义之分，广义的质证主体，是将质证作为一种法庭调查的方式来进行的划分，其中包括当事人、法院和其他诉讼参与人。狭义的质证主体是从诉讼权利角度进行的划分，仅限于双方当事人，我们这里所指的质证的主体是指狭义的质证主体，因此，只包括双方当事人。强调双方当事人的亲自参与和以言词方式质证是民事诉讼直接原则、言词原则的具体体现，也是民事诉讼法对于质证的具体要求。

（三）质证的基本机制

1. 质证的范围

一般来讲，质证的范围应包括法庭上出示的所有证据，包括在法庭上出示的书证、物证、视听资料、证人证言、勘验笔录和鉴定结论。但从字面意义上讲，对于证人证言、勘验笔录和鉴定结论的质证，又可称为质询。

质证的证据仅仅是需要在法庭上出示的证据。根据最高人民法院《证据规定》第 39 条规定："在证据交换过程中，审判人员对当事人无异议的事实、证据应当记录在卷；对有异议的证据，按照需要证明的事实分类记录在卷，并记载异议的理由。通过证据交换，确定双方当事人争议的主要问题。"因此，并非所有的证据都必须经过质证，对于当事人无异议的证据，不用在法庭上质证。另外，对于对方当事人自认或不予反驳的证据也不需要质证。根据最高人民法院《关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》第 22 条的规定，一方当事人提出的证据，对方当事人认可或不予反驳的，可以确认其证明力。这是我国民事诉讼法中

关于自认的规定,对于自认的情况,应免除对方当事人的质证责任,该证据可以不经过质证作为认定案件事实的根据。

对书证、物证和视听资料进行质证时,当事人有权要求出示该证据的原件或原物。但有下列情况之一的除外:(1)出示原件或者原物确有困难并经人民法院准许出示复制件或者复制品的;(2)原件或者原物已不存在,但有证据证明复制件、复制品与原件或者原物一致的。

2. 质证的对象

质证的目的在于确定证据是否可以作为定案的根据。因此,质证的对象就是作为定案根据的证据的特性,根据最高人民法院《证据规定》第50条的规定,证据要具有定案依据,必须表现在证据的证据能力和证明力两个方面。第一个方面,应当审查证据的证据能力。所谓证据能力,又称为证据资格或证据的可采性。它包括真实性、关联性和合法性三个特征,即我们前面介绍过的"证据三性"。第二个方面,应当审查证据的证明力。当事人应就证据有无证明力和证明力大小进行质疑和辩驳。

3. 质证的程序

根据《证据规定》第51条,质证应按下列顺序进行:(1)原告出示证据,被告、第三人与原告进行质证;(2)被告出示证据,原告、第三人与被告进行质证;(3)第三人出示证据,原告、被告与第三人进行质证。对于法院调查收集的证据,该证据的质证仍是在当事人之间进行,法官只起到说明和解释的作用。

对于证人、鉴定人和勘验人的质询,根据我国最高人民法院《证据规定》,审判人员和当事人可以对证人进行询问。证人不得旁听法庭审理;询问证人时,其他证人不得在场。人民法院认为有必要的,可以让证人进行对质。鉴定人应当出庭接受当事人质询。鉴定人确因特殊原因无法出庭的,经人民法院准许,可以书面答复当事人的质询。当事人有权向证人、鉴定人和勘验人发问,但询问不得使用威胁、侮辱及不适

当引导证人的言语和方式。

法庭应当将当事人的质证情况记入笔录，并由当事人核对后签名或者盖章。

二、认证

(一)认证的定义

所谓认证又称为认定证据，是指人民法院的审判人员在诉讼参与人的参加下，就当事人举证、质证、法庭辩论过程中所涉及的与待证事实有关联的证据进行查证和核实，以确定案件全部证据证明力的活动。认证不但是对证据的证明力进行的审查和认定，而且还包含了对证据是否可采信以及如何采信的含义。当事人举证、质证以及法官认证是一环紧扣一环的诉讼过程。在这一阶段要确认证据的能力和判定证据力的大小和强弱。

认证与举证和质证相比，具有以下特点：首先，举证和质证是认证的前提和基础。举证、质证和认证三者密不可分，其中举证是质证的基本前提，而举证与质证则是认证的共同的前提和基础。其次，认证是审判人员的审判活动一部分，举证和质证则主要是当事人诉讼行为。前者与后者可以是当事人的诉权与审判权的有机结合。再次，举证与质证是当事人在诉讼程序中一种对抗的、动态的诉讼活动，认证是法官中立的静态的审判活动。

(二)法官依法独立认证原则

我国民事诉讼法第64条规定，“人民法院应当依照法定程序，全面客观地审查判断证据”。过去认为自由心证是主观的、唯心的东西，认为它助长了法官判断证据的恣意性，是伪善的。但是现代自由心证主义强调法官心证客观化和合理化，即在公开判决理由和结果的同时，依据合理的经验法则对事实进行认定。因此，在反思我国原有立法的基础上，借鉴大陆法系自由心证的理论。最高人民法院《证据规定》第64

条认为,审判人员应当依照法定程序、全面、客观地审核证据,依据法律的规定,遵循法官职业道德,运用逻辑推理和日常生活经验,对证据有无证明力和证明力大小独立进行判断,并公开判断的理由和结果。

(三)认证的基本机制

1. 单一证据的认定和案件的全部证据的审查判断是《证据规定》第65条和第66条的规定:首先,单一证据的审核认定可以从下列方面进行:(1)证据是否原件、原物,复印件、复制品与原件、原物是否相符;(2)证据与本案事实是否相关;(3)证据的形式、来源是否符合法律规定;(4)证据的内容是否真实;(5)证人或者提供证据的人,与当事人有无利害关系。其次,对于案件的全部证据的审查判断应根据《证据规定》第66条的规定,"审判人员对案件的全部证据,应当从各证据与案件事实的关联程度、各证据之间的联系等方面进行综合审查判断"。

2. 在诉讼中下列情况下的证据不能加以认定:(1)在诉讼中,当事人为达成调解协议或者和解的目的作出妥协所涉及的对案件事实的认可,不得在其后的诉讼中作为对其不利的证据;(2)以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的证据,不能作为认定案件事实的依据。

3. 下列证据不能单独作为认定案件事实的依据:(1)未成年人所作的与其年龄和智力状况不相当的证言;(2)与一方当事人或者其代理人有利害关系的证人出具的证言;(3)存有疑点的视听资料;(4)无法与原件、原物核对的复印件、复制品;(5)无正当理由未出庭作证的证人证言。

4. 一方当事人提出的下列证据,对方当事人提出异议但没有足以反驳的相反证据的,人民法院应当确认其证明力:(1)书证原件或者与书证原件核对无误的复印件、照片、副本、节录本;(2)物证原物或者与物证原物核对无误的复制件、照片、录像资料等;(3)有其他证据佐证并以合法手段取得的、无疑点的视听资料或者与视听资料核对无误的复

制件；(4)一方当事人申请人民法院依照法定程序制作的对物证或者现场的勘验笔录。另外，人民法院委托鉴定部门作出的鉴定结论当事人没有足以反驳的相反证据和理由的，也可以认定其证明力。

5. 一方当事人提出的证据，另一方当事人认可或者提出的相反证据不足以反驳的，人民法院可以确认其证明力。而一方当事人提出的证据，另一方当事人有异议并提出反驳证据，对方当事人对反驳证据认可的，可以确认反驳证据的证明力。双方当事人对同一事实分别举出相反的证据但都没有足够的依据否定对方证据的，人民法院应当结合案件情况，判断一方提供证据的证明力是否明显大于另一方提供证据的证明力，并对证明力较大的证据予以确认，此即我们前面讲过的高度盖然性——“有，但不是百分之百确定”的证明标准。

6. 对于当事人及其诉讼代理人认可的事实和证据。《证据规定》第74条和第76条规定，诉讼过程中，当事人在起诉状、答辩状、陈述及其委托代理人的代理词中承认的对己方不利的事实和认可的证据，人民法院应当予以确认，但当事人反悔并有相反证据足以推翻的除外。当事人对自己的主张，只有本人陈述而不能提出其他相关证据的，其主张不予支持。但对方当事人认可的除外。

有证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒不提供，如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人，可以推定该主张成立。

7. 人民法院就数个证据对同一事实的证明力可以依照下列原则认定：(1)国家机关、社会团体依职权制作的公文书证的证明力一般大于其他书证；(2)物证、档案、鉴定结论、勘验笔录或者经过公证、登记的书证其证明力一般大于其他书证、视听资料和证人证言；(3)原始证据的证明力一般大于传来证据；(4)直接证据的证明力一般大于间接证据；(5)证人提供的对与其有亲属或者其他密切关系的当事人有利的证言其证明力一般小于其他证人证言。

第二章　典型案例证据提示

第一节　物权法的基本原则

一、物和物权的基本概念

我国物权法第2条第2款规定："本法所称物，包括不动产和动产。法律规定权利作为物权客体的，依照其规定。"物权法上的物包括不动产和动产。桥梁、房产等建筑设施，耕地、草原、滩涂、矿产等自然资源都是不动产。不动产还包括道路、通讯、电力、天然气等基础设施，动产的概念非常宽，汽车、轮船、工厂的机器设备、家具、衣服等属于动产。另外还有一些伴随科技发展出现的新的属于物权法调整和保护的"物"，如网络中的虚拟财产等。

物权是指权利人对特定的物享有直接支配和排他的权利，包括所有权、用益物权和担保物权。物权的直接支配性意味着权利人得独立地行使物权，根据自己的意志占有、使用、收益和处分物权的客体，无须他人的同意。物权的排他性体现在权利人直接支配物，并能排除他人干涉。因此物权具有排他性、绝对性，不允许任何人侵犯或者妨碍权利行使，对侵犯者权利人可以主张物权请求权。

案例1:网络中的虚拟财产应当受到物权法的保护。

【案情简介】

李某是某网络游戏的玩家,在游戏中积累了大量的网络虚拟财富。2008年3月李某发现自己ID内所有的虚拟装备丢失,包括屠龙刀、软猬甲、大还丹等。李某与该网络游戏的运营商联系要求运营商提供所丢失的虚拟装备去向,运营商拒绝提供,李某将运营商告到法院,要求运营商赔偿其丢失的虚拟装备。而运营商认为,网络游戏中的装备等只是游戏中的信息,实质上只是一组特定的电脑数据,本身并不是物,因此运营商不应对不存在的东西进行赔偿。

【关键证据】

李某拥有该网络游戏ID的相关证据如游戏的账户和密码。

【举证指导】

在当今社会,网络中的虚拟财产同样可以成为物权法保护的对象,虽然虚拟装备这样的财产是无形的且存在于特殊的网络游戏环境中,但是它具有许多与现实财产相同的属性,比如可以给玩家带来参与网络游戏愉悦感,满足玩家增加财产的成就感,所以虽然是无形且存在于网络游戏中,但并不能影响虚拟物品作为无形财产的一种,受到物权法的保护。

此类案件中,当事人关键要证明自己是网络中虚拟财富的合法所有者,可以提供自己参与网络游戏的证明,如游戏账户、密码、购买的游戏点卡等。网络中的虚拟财富的转移情况应当由运营商承担举证责任。

网络中的虚拟财产,网络中的QQ号等都具有财产的属性,如果涉及这些,个人的举证能力有限,将由运营商承担部分举证责任。

案例2：侵害他人违章建筑，也要承担民事赔偿责任。

【案情简介】

张某与赵某是邻居关系，共同居住在一个平房的院落中，张某未经房屋管理部门审批，在张某与赵某共用的通道内搭建了一个储物间。赵某认为该储物间影响其出行，多次与张某协商，要求拆除，张某不予理会。赵某向房屋管理部门举报，房屋管理部门认定张某搭建的储物间属于违章建筑，对张某作出了限期拆除的决定，期限届满，张某仍未拆除，于是赵某找了三五好友，将张某的储物间拆除，将储物间内物品交还张某，将搭建储物间的材料拉走丢弃。张某认为赵某的行为侵害了自己权益，将赵某告到法院，要求其赔偿自己的损失包括材料费和人工费共30000元。

【关键证据】

搭建储物间材料费票据、认定违章建筑的证明。

【举证指导】

张某在共用通道内搭建储物间，未经房屋管理部门批准，属于违章建筑，房屋管理部门作出了限期拆除的决定，张某应当自行及时拆除房屋。因为张某在通道内搭建储物间影响了赵某的出行权，赵某也可以向法院起诉要求张某拆除储物间。但是赵某自行拆除张某的储物间的行为就侵害了张某权利，因为虽然违章建筑是不合法存在物，但是建造的材料是属于张某的个人财产，应当受到法律的保护，所以赵某要对搭建房屋的建筑材料的灭失承担赔偿责任。因此本案中，张某可以根据自己购买建筑材料所花费的票据，要求赵某承担损害赔偿责任。赵某可以依据认定违章建筑的证明提出搭建储物间的行为属于违法行为，人工费不应进行赔偿的理由抗辩。

二、物权法的基本原则

我国物权法的基本原则包括基本经济制度、实行社会主义市场经济，对国家、集体和私人的物权平等保护、物权法定原则、物权公示原则和公序良俗原则。下面将着重举例介绍物权法定和物权公示这两项与日常较为密切的原则。

（一）物权法定原则

物权法第5条规定："物权的种类和内容由法律规定。"物权法定原则指的是能设立哪些种类的物权，物权有哪些基本内容，只能由法律规定，当事人之间不能创立。因为物权是"绝对权"、"对世权"、物权的权利人行使权利是排他性的，对所有人都有约束力，这和债权不一样，物权的义务人有成千上万，所以物权内容不能由权利人一个人说了算，也不能由一个权利人和几个义务人说了算，只能由法律规定。物权法定原则，既不允许当事人创设现行法律上没有规定的物权类型，也不允许在移转或设定物权的时候，作出与现行法上针对某种类型的物权所设置的强行性规定不一样的约定。

案例3：当事人之间设定不动产抵押权未进行登记，不具有物权法上的效力。

【案情简介】

王康因为经商急需用钱找到自己的好友郑明，要求郑明借给他30万元，郑明不好意思拒绝，但又怕王康不能归还。于是王康说用自己的一套价值50万元的房产作为抵押，双方签订了抵押借款合同，约定郑明借给王康30万元，王康用自己的房产作为抵押。但是双方因为是好友，所以并未办理不动产抵押的登记手续。王康借款后经商不利，将郑明借给他的钱赔光，而且另欠了60万元的债务，为了偿还债务，王康将自己抵押给郑明的房屋出售。郑明得知后，主张自己的抵押权。

【关键证据】

抵押借款合同。

【举证指导】

郑明与王康虽然签订了抵押借款合同,但是根据物权法的规定,不动产抵押应当办理登记手续,双方并未办理抵押登记手续,不符合物权法中抵押权的规定,所以双方之间约定的抵押权并不能发生物权法上的效力,也就是说,郑明主张抵押权并不受物权法的保护。此时郑明只能根据抵押借款合同要求王康承担债权法中的还款义务,但是无法要求王康履行合同中抵押部分的内容。

(二)物权公示原则

物权公示原则是指物权在设立和变动时,必须将物权设立和变动的事实通过一定的公示方法向社会公开,从而使他人知道物权变动的情况,避免他人受到损害。物权法第6条规定:“不动产物权的设立、变更、转让和消灭,应当依照法律规定登记。动产物权的设立和转让,应当依照法律规定交付。”之所以有这一原则,是因为物权具有排他的效力,如果某一物上已经成立物权,就不得再成立内容完全相同的物权。物权的设立和变动也具有这样的效果,如果没有一定的公示方法让他人知晓,就有可能损害他人的利益。物权公示原则中要求不动产物权以登记作为权利享有和变更的公示方法,动产物权以占有作为权利享有的公示方法,以交付作为变更的公示方法。

不动产登记,是指将土地及其地上定着物(如房屋)的所有权和他项权利的取得、丧失和变更按照法定程序记载于有关专门机构掌管的专用簿册上。现在我国的不动产登记机构包括国土登记机关、房产管理机关、矿产管理机关、水行政机关、渔政管理机关及林业管理机关等,分别对基于土地、房屋、矿产资源、水资源、森林资源等而产生的物权行

使登记管理权。就是说要获得不动产的所有权,就要进行登记,变更不动产所有权的内容,也要进行登记,登记之后不动产的设立和变更才具有物权上的效力。

动产物权,除法律另有规定外,以占有和交付作为其公示方法。占有为享有动产物权的公示方法,交付是让与动产的物权的公示方法,比如买一台电脑,就要通过交付,买家才有所有权;所谓“法律另有规定”是指以民用航空器、船舶和机动车辆为客体的物权以登记为其公示方法,未经登记,不能对抗善意第三人。特别提醒:根据《中华人民共和国道路交通安全法》,机动车所有权转移、机动车抵押和机动车物权消灭等必须登记。

案例4:当事人之间约定的优先购买权,难以受到物权法保护。

【案情简介】

王华与张新是居住多年的邻居,王华得知张新正在申请全家移民美国的手续,一旦移民张新所有的房屋也将出售,于是王华找到张新进行协商,双方约定:将来张新的房子出售时,王华有在同样的价格下优先购买的权利,同时王华应支付张新5万元人民币作为定金。此后,王华立即支付给张新5万元定金,并叮嘱对方一定要把房子卖给自己。过了一段时间,王华得知张新已经办理完移民手续,就找张新商量买房子的事情,可是这时候,张新告知王华,他已经将房子卖给了同事李铭,并且办理完毕房屋的过户手续。王华非常生气,认为张新现在还没有把房屋交给李铭,应当按照约定由自己购买,张新表示房屋已经过户,不能再卖给王华。为此王华起诉要求确认自己拥有房屋的优先购买权,而张新和李铭的房屋买卖合同无效。

【关键证据】

定金收条、房屋产权证、王华与张新签订的协议。

【举证指导】

我国的物权法规定了一系列的物权,但这其中并没有优先购买权,因此优先购买权的约定并不具有物权的效力,本案中,王华与张新的协议与一般的合同并没有区别,王华获得的权利也只是属于债权,而这一债权与李铭、张新之间的债权关系是处于平等的地位,因此王华不能用这样的约定来对抗李铭、张新间的房屋买卖合同。而且根据物权公示原则中不动产以登记作为享有权利的公示方法,虽然仍还由张新居住使用,但李铭已经办理房屋产权的过户手续,就是取得了我们平常说的"房产证",已经成为了房屋的合法所有者。张新现在虽然仍然居住在房屋内,但是已经无权处分该房产了。

王华不能以双方约定的优先购买权获得房屋,那么这种约定还是否有效力呢?当然有效,优先购买权的约定在王华与张新之间有债权的效力,张新违反了这个约定,要承担违约责任,根据我国担保法第89条的规定:收受定金的一方不履行约定的债务的,应当双倍返还定金。本案中,王华就可以要求张新双倍返还自己支付的定金。

在日常生活中,这种重大的约定一定要有书面的协议,协议中要有双方的签名,支付定金要让对方出具写有"收到定金"的收条,不能仅写收到人民币多少钱。房屋所有权变动的情况在物权法公布后,个人就可以从房屋管理部门查询。在不动产和民用航空器、船舶和机动车辆上,权力机关登记簿上记载属于谁所有,就是证明其归属最直接的证据。

案例5:签订合同未交付,难获动产所有权。

【案情简介】

国泰商贸公司与环球公司签订了买卖协议,国泰商贸公司购买环球公司所有的一辆奔驰汽车以及环球公司全部库存的电脑200台,合

同签订当日,国泰商贸公司支付了全部货款并将奔驰汽车开走,双方约定过几天国泰商贸公司提走电脑并同时办理奔驰汽车的过户手续。此后环球公司又与泰山公司签订买卖协议,环球公司隐瞒了与国泰商贸公司签订买卖协议的情况,将200台电脑和奔驰汽车以更高价格出售,泰山公司将200台电脑拉走并办理了奔驰汽车的过户手续。国泰商贸公司知道后,将泰山公司告上法庭,要求泰山公司返还电脑200台,确认奔驰轿车归自己所有。

【关键证据】

合同书、付款凭证。

【举证指导】

刚才已经介绍了动产以占有和交付作为公示方法,电脑属于动产,现在已经由环球公司交付给泰山公司占有,泰山公司已经取得了电脑的所有权。汽车属于法律另有规定的动产,法律规定了登记程序,未经登记,不能对抗善意第三人。国泰商贸公司虽然将奔驰汽车开走,但是没有登记,并未取得汽车的所有权,汽车已经登记在了泰山公司名下,泰山公司取得了汽车的所有权,现在国泰商贸公司的诉讼请求非但得不到支持,泰山公司还可以要求国泰商贸公司返还奔驰汽车。所以本案中国泰商贸公司只能起诉环球公司承担合同上的违约责任。

国泰商贸公司要求环球公司承担合同违约责任,需要提供合同书证明双方存在合法有效的合同关系,提供付款凭证证明自己已经履行了支付价款的义务。环球公司则要就自己是否履行了合同义务提供证据。

(三)遵守法律和维护社会公共利益的原则

物权是排他性的支配权,但并不是绝对的、不受限制的权利。物权法第7条规定:“物权的取得和行使,应当遵守法律、尊重社会公德,不

得损害公共利益和他人合法权益。”物权的取得必须有法律依据,也要遵守法律规定的方式和程序,否则就无法受到法律的承认和保护,如不动产物权的设立、变更、转让和消灭,通常情况下只有经过登记才能发生法律效力。在取得物权后,物权人行使权利时还必须遵守法律的规定,虽然物权是绝对权,但是行使物权也必须在法律规定的限度内,物权的权利人行使自己的权利也不得损害国家利益、社会公共利益和他人的合法权益。例如,城市内小区业主不能在自己的房屋内饲养牲畜或储存过多易燃易爆的危险品。因为这些都会侵害他人的合法权益。

第二节　所有权取得的特别规定

一、概述

所有权取得可分为一般取得和特别取得,通过转让、买卖、遗产继承等取得所有权的方式可以称为一般取得,善意取得、拾得遗失物、天然孳息、法定孳息是所有权的特别取得方式;所有权的特殊取得方式在物权法中设立专章进行规范,因此通过特殊方式取得所有权是本节中着重介绍的内容。

二、善意取得的有关规定

(一)善意取得概述

善意取得,是指财产占有人无权处分其占有的财产,而他将该财产以合理的价格转让给第三人,受让人取得该财产时出于善意,则受让人

将依法即时取得对该财产的所有权。在商品市场从事交易,如果没有这项制度,会使得人们不去信赖物的占有者,出现购物者人人自危,必须在每一次交易中都去查一查卖方是不是有处分权,这样交易如何能进行下去？并且,由买受人自行查知出卖方是否有处分权,也会在很大程度上增加交易的成本。善意取得制度,使得交易中买方能够获得没有处分权的卖方出售物品的所有权——前提他是善意的。这就用法律的手段排除了原所有权人对善意第三人追讨的权利,保证善意的买方能真正安全地获得交易物的所有权。至于原所有权人的利益,可以通过向无权处分的卖方请求赔偿。可以看出善意取得制度不仅保证了善意的买方的安全,而且,保证了物在流通中实现价值,达到物尽其用。

我国的善意取得制度与传统的善意取得相比将不动产列入了善意取得保护的范围,这样可以最大限度地保护善意第三人的利益以及市场的交易安全。

(二)善意取得的构成要件

1. 转让人须现实掌控该财产且无移转财产所有权的权利。只有当财产处于无权处分人的实际控制中,受让人才有据此相信无处分权人有处分该财产权利的理由,当财产属于动产时往往以占有为现实控制力的标志。此外,转让人应该是无财产处分权利,否则,就不会发生善意取得的问题。当转让人具有处分某项财产的权利时,转让人的处分就属于有权行为,法律一般不予干涉。

2. 受让人受让该财产时是善意的。如果受让人具有恶意,则不得适用善意取得。这里需要注意的是,在判断受让人是否为善意时,应采取推定的方法,即推定受让人是善意的,由原权利人对受让人是否具有恶意进行举证。

3. 以合理的价格有偿转让。善意取得适用应以有偿取得为前提。受让人在取得财产时,必须以相应的财产或金钱支付给出让人,无偿取得财产时,不适用善意取得。在有偿取得的前提下,合理的价格也是衡

量取得财产是否善意的标准。如果在市场经济的条件下,以过低的价格取得财产,就可以引起人们对取得财产是否善意的怀疑。

4. 转让财产依照法律规定应当登记的已经登记,不需要登记的已经交付给受让人。例如不动产、汽车、船舶、航空器的转让在需要进行转让登记的情形下,以登记的时间作为财产所有权转移的时间标志。在不需要登记的情形下,占有的转移是适用善意取得的条件,只有让与人向受让人交付了财产,且受让人实际占有交付的财产,才能发生动产所有权的转移。如果双方仅仅是协商并达成一致,而没有发生物的转移,则不能发生善意取得的效果。

5. 转移占有的财产须是法律允许流通的不动产或动产,法律禁止流通的财产,如毒品、枪支等不得适用善意取得。

案例 6:可以通过善意取得获得动产的所有权。

【案情简介】

王杰与马海合伙开了一家网吧,在合伙协议中约定,由王杰提供价值 10 万元的电脑设备,马海提供经营的场所,工商、税务等相关证照均由马海负责办理,二人共同经营,盈利共享,亏损共负。后来由于国家加大了对网吧的管理整顿,二人开的网吧出现亏损。马海认为应当转行,王杰并不同意,二人为此发生了矛盾。马海利用王杰到外地旅游的期间,将网吧内的全部电脑设备以 8 万元的价格转卖给了一个叫齐天的人,齐天支付了 8 万元后将电脑全部搬走。王杰回来后得知这一情况,拿着合伙协议找到齐天说这些电脑设备都是其购买的,要求齐天返还电脑,齐天当然不同意,双方诉至法院,法院最后认定齐天基于善意取得拥有了电脑的所有权。

【关键证据】

付款凭证、该网吧的证照。

【举证指导】

本案中,齐天能够获得电脑的所有权,是因为其购买电脑的行为符合善意取得的构成要件。首先根据网吧的证照,因为工商、税务等执照都是由马海负责办理,使得齐天有理由相信马海就是网吧的老板,而且对于王杰与马海之间的合伙关系毫不知情。这样齐天有理由相信马海是有权利处分网吧中的电脑的。其次根据付款凭证,齐天是以支付8万元来购买的这些电脑,并不是无偿的赠与行为,而且,这些电脑原来用10万元购得,现在经过一段时间的使用,8万元转让也属于合理的价格,因此齐天可以证明其是通过合理的价格购买电脑的。最后电脑已经被齐天搬走,电脑属于动产,被齐天搬走的那一刻起所有权已经发生了转移。所以齐天通过提供上述的证据就可以证明其是通过善意取得拥有了电脑的所有权。

案例7:不动产同样适用善意取得。

【案情简介】

张某和王某为夫妻关系,两人在婚姻存续期间共同出资购买了一套两居室住房,产权登记在了丈夫张某的名下,2006年,两人感情恶化,王某从这套房子内搬出,与丈夫张某分居。2008年王某到法院请求与丈夫离婚时才知道,丈夫张某在2007年已经将房屋通过中介公司以市场价格55万元将房屋卖给了赵某,并且在2007年年底办理了房屋的产权过户手续,王某认为自己的丈夫擅自单方处分夫妻共同财产的行为是无效的,王某将张某和赵某共同告到法院,要求确认张某和赵某之间的房屋买卖行为无效。

【关键证据】

房屋买卖合同、付款凭证、房屋所有权证。

【举证指导】

本案中赵某基于善意取得制度获得了房屋的所有权,张某与赵某的房屋买卖是有效的。赵某首先应当提交原房屋产权证记载该房屋登记在张某名下的证据,可以是原房屋产权证的复印件,也可以通过向房屋管理部门查询获得,这可以证明张某原来是该房屋的所有人;其次赵某应当提交房屋买卖合同以及支付房价款和中介费用的证据,包括银行转款的记载、中介费发票等证据,证明赵某已经按照市场价格支付了价款;最后赵某还需要提交新的房屋所有权证,证明该房屋已经办理了过户手续,赵某已经取得了该房屋的所有权。这样赵某取得该房屋的所有权符合善意取得的规定,王某的诉讼请求无法得到法院的支持。王某只能要求张某承担损害赔偿责任。

(三)善意取得的法律后果

善意取得涉及三方当事人,分别是财产的原权利人、让与人和受让人。其中原权利人与受让人之间在善意取得的情况下,将发生物权变动,受让人因善意而取得了标的物的所有权,而原权利人的所有权也将因此而消灭。此时如果原权利人向受让人请求返还原物,受让人可以以自己是善意取得为由对原权利人的请求权进行有效抗辩。

让与人与受让人之间基于让与行为产生债权债务关系,受让人因善意而取得了让与人转移的财产的所有权,而受让人应当向让与人承担支付财产的价款。如果受让人没有按照与让与人的约定支付价款,应向让与人承担违约责任。

原权利人与让与人之间由于原权利人因受让人的善意取得而丧失了对标的物的所有权,而且无法请求善意受让人返还财产,原权利人只能向让与人主张赔偿责任。具体而言,原权利人可以要求让与人承担合同责任、侵权责任或不当得利的返还责任。如果原权利人和让与人之间事先存在着租赁合同或者保管合同,而让与人擅自处分原权利人

的财产，原权利人可以以违约为由，要求让与人承担违约责任。此外让与人处分原权利人财产，构成对原权利人财产所有权的侵害，应当承担侵权责任。如果让与人与原权利人之间事先存在合同约定，原权利人可以选择要求让与人承担侵权责任或者违约责任。此外原权利人可以选择要求让与人返还因转让而获得的利益。

此外如果善意受让人取得的财产属于动产的，取得财产后该动产上原有的权利消灭，但善意受让人在受让时知道或者应当知道该权利的除外。因为通过善意取得而取得动产所有权，是基于法律的直接规定，属于物的原始取得，因此，对善意取得动产所有权而言，原权利上的限制应归于消灭，善意受让人对取得的动产享有完全的所有权。此时在该动产上设置担保物权的债权人可以要求其债务人提供新的担保。

案例8：财产的原权利人可以主张何种权利。

【案情简介】

信达商贸公司从日本进口了一批电子医疗设备，价值45万元。因为信达商贸公司自己没有仓库，所以将这批电子医疗设备交由诚心公司的仓库保管。信达公司与诚心公司签订了保管协议，其中约定，如果由于诚心公司保管不善造成电子医疗设备灭失的，诚心公司需赔偿信达商贸公司赔偿金40万元。此后，诚心公司得知恒达医院急需该种电子医疗设备，就与恒达医院联系，说自己公司就有这种电子医疗设备。恒达医院与诚心公司签订了买卖协议，以50万元的价格从诚心公司购买了这套电子医疗设备。后来信达商贸公司得知此事，找到诚心公司，但是由于技术的发展该套电子设备价值38万元。诚心公司只同意赔偿38万元。

【关键证据】

保管协议、付款凭证、买卖协议。

【举证指导】

根据信达商贸公司与诚心公司的保管协议,这批电子医疗设备交由诚心公司保管,因此诚心公司负有妥善保管的义务,现在诚心公司私自将电子医疗设备出售给他人,违反了保管协议的约定,信达公司可以要求诚心公司根据协议承担违约责任。协议中对设备灭失约定的赔偿金为40万元,信达商贸公司可以要求诚心公司基于协议约定支付赔偿金40万元。信达商贸公司也可向诚心公司主张要求返还恒达医院购买电子医疗设备的价款50万元,此项主张信达商贸公司需要提交恒达医院与诚心公司的买卖协议以及付款凭证。

三、关于遗失物的有关规定

(一)概述

遗失物是动产的所有权人或者占有人非基于其本意而失去控制的物品。构成遗失物首先应当是有主的动产。这是遗失物与无主物的区别,遗失物是有人所有而现在无人占有而已。只有动产才会遗失,不动产存在登记而不存在遗失的问题。其次须要占有人丧失占有。最后该物不为任何人所占有。满足这三个条件才能称为遗失物。

我国物权法规定所有权人或其他权利人有权追回遗失物,这也和我国拾金不昧的传统美德一致。从法理上讲,财物的遗失并不当然导致物权发生变动,所有权人虽然丧失了对物的实际占有或控制,但并没有丧失对物的所有权,所以其可以依据所有权向其他人主张返还遗失物。如果遗失物已经被转让给第三人时,失主可以在三种保护自己的方式中选择其一适用:一是向遗失物拾得人主张损害赔偿,因为其作为遗失物的无权处分人,其转让行为已经构成了对失主财产权的侵害。二是向遗失物拾得人主张返还其转让遗失物所获得的收益,此笔收益属于遗失物拾得人的不当得利,应予返还。三是向第三人主张返还遗

失物，但是如果第三人是通过拍卖或者向具有经营资格的经营者购得遗失物的，失主在请求返还遗失物时应当支付第三人所付的费用。失主在支付此笔费用后有权向物权处分人追偿。

（二）遗失物拾得人的权利和义务

遗失物拾得人的主要义务体现在两个方面，一是拾得遗失物应当返还权利人，及时通知权利人领取，或者送交公安等有关部门。这是遗失物拾得人的通知或移送任务。需要注意的是如果将遗失物送交公安等有关部门，有关部门应出具收条或交接手续，如果将来发生争议，这些手续就是证明移送基本事实的主要证据。遗失物拾得人的第二项主要义务就是在将遗失物送交有关部门前，应当妥善保管遗失物。如果因故意或重大过失致使遗失物损毁、灭失的，应当承担民事责任。这里需要说明的是判断“故意或者重大过失的标准”，通俗的标准就是按照一般人对自己财务的关注和保管的标准保管遗失物。

遗失物的拾得人的主要权利就是有权向遗失物的权利人主张保管遗失物等支出的必要费用。遗失物的拾得人有通知所有权人或者遗失人领取遗失物，移送遗失物至有关部门，保管遗失物的法定义务，同时也享有要求遗失物的所有权人支付保管费用的法定权利。如果遗失物的权利人悬赏寻找遗失物的，领取遗失物时应当按照其承诺履行义务。例如，某人将一装有重要资料、证件的手提包遗失在出租车上后，他通过电台广播寻找手提包，并承诺愿意以一定金额的现金进行酬谢。如果有人将此手提包归还失主，就可以要求失主依照其承诺履行。但是如果拾得遗失物的人侵占遗失物，就无权向遗失物的权利人主张保管费用，也无权要求对方履行其悬赏的承诺。

案例9：拾得遗失物，应当返还，并有权要求支付保管费用。

【案情简介】

1993年12月，曾毅购买了一头母水牛，购买当时母水牛的年龄是

1 岁 6 个月。1998 年 3 月,张永明也购买了一头母水牛,购买时母水牛的年龄为 1 岁 4 个月。2002 年 2 月 8 日,曾毅发现关在牛栏中的自己于 1993 年 12 月购买的母水牛失踪,便四处寻找,直到 2 月 19 日都没有找到。2 月 20 日下午,张永明在放牛时打了一个盹,醒来时发现母水牛不见了。当天下午外出找牛的曾毅发现一头无人看管的母水牛,曾毅认为这就是自己丢失的母水牛,就将这头水牛牵回家,并重新加固了牛栏。此时张永明也正在急切地寻找自己丢失的母水牛,3 月 20 日张永明经过曾毅家的牛栏,发现曾毅牛栏中的母水牛正是自己丢失的母水牛。张永明找到曾毅,要求他返还母水牛,曾毅说这是他丢失的,不同意返还,双方将官司打到了法院。法院对母水牛的年龄进行了鉴定,鉴定结论为母水牛的年龄在 5 岁到 6 岁之间,法院据此认定母水牛属张永明所有,但张永明应当给予曾毅饲养管理费 200 元。

【关键证据】

母水牛的年龄鉴定。

【举证指导】

曾毅的母水牛在 2002 年已经十岁多了,根据鉴定结论,这头母水牛不是曾毅所有的,曾毅应当将母水牛返还失主。同时,因为曾毅认为母水牛是自己丢失的,所以不具有侵占他人遗失物的故意,所以其有权要求遗失人支付保管遗失物的必要费用。

遗失物如果自有关机关发布招领公告之日起 6 个月内无人认领的,归国家所有。

物权法第 114 条规定,拾得漂流物、发现埋藏物或者隐藏物的,参照拾得遗失物的有关规定。文物保护法等法律另有规定的,依照其规定。

四、主物与从物

物权法第 115 条规定，主物转让的，从物随主物转让，但当事人另有约定的除外。所谓主物、从物的概念，一般是在两个具有紧密关联的物之间，一物的作用在于更大地发挥另一物的效用，则该物为从物，另一物就是主物。主物的所有权转移，从物的所有权随之转移。例如怀表的表链与怀表之间的关系就是主物与从物的关系，表链可以增加怀表的价值。

五、孳息

孳息通俗地说就是财产所产生的收益，包括天然孳息和法定孳息。天然孳息是指原财产因为自然规律而产生且符合物的用法而收获的物。例如果树上生出的果实，牲畜所生的幼畜等。法定孳息是指依照法律关系而产生的收益，例如房屋的租金等。天然孳息，由所有权人取得；既有所有权人又有用益物权人的，由用益物权人取得。当事人另有约定的，按照约定。法定孳息，当事人有约定的，按照约定取得；没有约定或者约定不明确的，按照交易习惯取得。

确定孳息归属的意义在于人们占有原财产，并利用其进行生产活动，其目的就是为了获得出产物。法律确定了天然孳息的归属，可以保护所有权人的劳动。另外，出于对物进行充分利用的角度考虑，非所有权人也可以对物进行利用，原物在脱离所有权人的情况下产生孳息的归属，物权法也作出了明确的规范。天然孳息由物的所有权人所有，与所有权类似的用益物权人，例如土地承包经营人等也可以成为孳息物的所有权人。但并不是所有情况下物的占有人都可以取得物的天然孳息。例如，从他人处借用母马拉车，母马在借用期间生下小马，如果双方未对此有过约定，小马应当归母马的所有人所有，因为占有人的目的明显不包括取得孳息物，而是在于用于运输。

法定孳息属于民事权利主体参与某种特定的民事法律关系应当获得的报偿。当事人可以约定法定孳息的归属，没有约定的，可以依此物的特性，按照交易习惯确定法定孳息的归属。

第三节　建筑物区分所有权——业主如何行使对建筑物共有部分的管理权

一、概述

建筑物区分所有权是随着城市现代化和人类建筑技术的高度发展而产生的一种较为特殊的不动产所有权形式。建筑物区分所有权是城市居民等所有的建筑物的所有权形式，因而与一般的动产所有权和其他不动产所有权不同，这里的建筑物首先是指居民住宅，其次还包括写字楼、办公楼以及可以区分占有的生产用建筑物。当这样的建筑物被它的共有人按份占有时，就形成了建筑物区分所有。建筑物区分所有权主要包括三种权利：

（一）业主对专有部分的所有权。即业主对建筑物内的住宅、经营性用房等专有部分享有所有权，有权对专有部分占有、使用、收益、处分。

（二）业主对建筑区划内的共有部分的共有权。即业主对专有部分以外的共有部分如电梯、过道、楼梯、水箱、外墙面、水电气的主管线等享有共有的权利。我国物权法规定，建筑区划内的道路，属于业主共有，但属于城镇公共道路的除外。建筑区划内的绿地，属于业主共有，

但属于城镇公共绿地或者明示属于个人的除外。建筑区划内的其他公共场所、公用设施和物业服务用房,属于业主共有。占用业主共有的道路或者其他场地用于停放汽车的车位,属于业主共有。

(三)业主对建筑区划内的共有部分的共同管理权。即业主对专有部分以外的共有部分享有共同管理的权利。我国物权法规定,业主可以自行管理建筑物及其附属设施,也可以委托物业服务企业或者其他管理人管理。业主可以设立业主大会,选举业主委员会,制定或修改业主大会议事规则和建筑物及其附属设施的管理规约,选举业主委员会和更换业主委员会成员,选聘和解聘物业服务企业或者其他管理人,筹集和使用建筑物及其附属设施的维修基金,改建或重建建筑物及其附属设施等。业主大会和业主委员会对任意丢弃垃圾。排放污染物或者噪声、违反规定饲养动物、违章搭建、侵占通道、拒付物业费等损害他人合法权益的行为,有权依照法律、法规以及管理规约,要求行为人停止侵害、消除危险、排除妨碍、赔偿损失。

上述的这三种权利互相依赖、互相配合、互相制约,构成了一个不可分割的整体。下面将重点介绍。

二、业主对建筑物专有部分的所有权

我国物权法规定,业主对其建筑物专有部分享有占有、使用、收益和处分的权利。业主行使权利不得危及建筑物的安全,不得损害其他业主的合法权益。业主对其专有部分可以行使完全的占有、使用、受益和处分的权利。这四项权利通常被称为所有权的四项基本权利。占有,指对物的实际支配或持有;使用,指依照物的自然性能或用途,在不损毁物的本体或变更其性质的情形下对物的利用;收益,指收取物的天然孳息和法定孳息;处分,指依法对物进行处置。业主对基于专有部分享有排他的、独占的支配关系与一般所有权人对于所有物享有的权利没有差异。具体讲,业主对自己的专有部分的建筑物可以转让、出租、

出借、出典、抵押,可以按自己的意愿对内部进行装饰,在业主的专有部分所有权受到侵害时,有权要求停止侵害,返还原物,赔偿损失。

案例10:行使专有物权,受到法律保护。

【案情简介】

王兴在郊区购买了一套三居室,房屋的格局、朝向都让他十分满意。因为王兴购买的房屋在二层,所以他打算安装防盗栏来确保居住的安全。但是小区的物业规定,为了小区的美观禁止安装防盗栏。王兴决定安装内置的防盗栏,防盗栏刚安装好,小区的物业公司就找上门,认为王兴安装的防盗栏违反了小区的物业规定,要求王兴拆除。王兴认为自己安装的是内置的防盗栏,不违反物业的规定,不同意拆除。

【关键证据】

房屋所有权证明,安装防盗栏照片。

【举证指导】

王兴对自己购买的房屋享有专有的物权。这是排他的、独占的权利,业主可以在不损坏房屋结构的前提下对房屋进行装修或者改造。王兴购买的房屋在二层,为了保证居住的安全,安装内置的防盗栏也是行使专有物权的一种形式,而且也不会影响房屋安全和其他业主的权益。所以物业公司无权要求其拆除。王兴可以通过购房合同以及房屋所有权证证明自己对房屋的所有权,通过安装防盗栏后的照片证明自己是在依法行使自己的权利,未侵害建筑物的安全和他人的利益。

同时,专有部分所有权的行使要在法律限制的范围内,不得超过法律许可的范围。

在这里需要注意的是法律对专有部分所有权的限制,主要体现在两个方面:

第一，作为建筑物专有部分的权利人，业主负担不得危及建筑物安全的义务。因为业主的各专有部分紧密地联系在同一栋建筑物上，各业主之间对于整栋建筑物的安全与维护形成共同利害关系。因而，业主应当按照建筑的使用目的使用并负有维护建筑物牢固和完整的义务，不得损害或随意改变建筑物的结构。也就是说，如果业主的行为有害于建筑物的正常使用，即使形式上属于行使其专有部分的所有权的行为，也是不允许的。例如业主在对专有部分装修时，拆除房屋内的承重墙，就属于违反了上述义务。

第二，作为建筑物专有部分的权利人，业主负担不得损害其他业主合法权益的义务。业主专有部分所有权的行使，又要受到其他建筑物专有部分所有权人的制约，不得滥用其专有部分所有权，否则其他业主可要求停止侵害、排除妨碍、恢复原状、赔偿损失。如业主在专有部分储藏、存放易燃易爆危险品就会危及建筑物安全和其他业主的合法权益，其他业主就有权要求制止此种行为。

案例11：行使专有物权，不得侵害他人权利。

【案情简介】

王梦在昌平某小区购买了一套200平方米的商品房，为了使自己生活得更舒适，他决定在客厅安装一个大浴缸，以便可以边看电视边洗澡，王梦从某家具城订购了一个占地约5平方米的大浴缸，安装在了客厅内。居住在王梦楼下的张田得知后，找到王梦，认为王梦安装在客厅的大浴缸会影响房屋的整体结构安全，而且长此以往会造成张田家客厅的天花板返潮、渗水，希望王梦可以换一个小浴缸，并将浴缸安放在卫生间内。王梦认为，自己购买了房屋，在屋内安装大浴缸是自己的权利，张田并没有权利干涉，双方协商不成，张田将王梦诉至法院，要求王梦拆除在客厅内的浴缸。

【关键证据】

房屋所有权证,房屋现状照片。

【举证指导】

业主对建筑物内的住宅、经营性用房等专有部分享有所有权,但是对此权利并非毫无限制,业主在行使这一权利,对建筑物的专有部分进行占有、使用、收益和处分时,必须在法律框架内进行,不得危及建筑物的安全以及其他业主的合法权益。王梦将自己购买的大浴缸置于客厅内,浴缸盛水后的重量会危及整个建筑的安全,而且在客厅安装浴缸其下水等设施也会影响楼下业主的合法权益。所以张田可以通过房屋所有权证证明自己的身份,通过房屋现状的照片说明王梦行为的危害,要求法院判决王梦拆除在客厅内的浴缸。

三、业主的共有所有权

业主除了享有专有部分的所有权外,对共有部分享有共有权和共同管理的权利,这是建筑物区分所有与一般不动产所有的重要区别。业主对区分所有的建筑物共有部分享有的共有所有权,是指建筑物区分所有权人依照法律或管理规约的规定,对区分所有建筑物的共有部分所享有的占有、使用和收益的权利。我国物权法第72条规定,业主对建筑物专有部分以外的共有部分,享有权利,承担义务,不得以放弃权利不履行义务。

一般来说共有所有权涉及的范围包括下面四个方面:

(一)建筑物的基本构造部分,例如支柱、屋顶、外墙或地下室等。

(二)建筑物的共有部分及附属物,例如楼梯、走廊、消防设备、自来水管道等。另外像各楼层之间的楼板,仅属于相邻部分的业主共有。

(三)建筑物所占的地基的使用权也属于全体业主。

（四）住宅小区的公共设施、公益性活动场所、围墙、小区大门或者水电、照明、安保等共用配套设施，除了依法应当归属国家或有关法人所有的以外，原则上也应当归属全体业主所共有。

我国物权法还特别规定如下属于业主共有的财产：

（一）建筑区划内的道路，属于业主共有，但属于城镇公共道路的除外。

（二）建筑区划内的绿地，属于业主共有，但属于城镇公共绿地或明示归个人的除外。

（三）建筑区划内的其他公共场所、公用设施和物业服务用房，属于业主共有。

（四）占用业主共有的道路或者其他场地用于停放汽车的车位，属于业主共有。

（五）建筑物及其附属设施的维修基金，属于业主共有。经业主决定，可以用于电梯、水箱等共有部分的维修。

业主作为共同所有人的权利主要包括共有部分的使用权和收益权：共有部分的使用权，这是业主作为共有所有权人的一项基本权利，业主有使用建筑物及其附属物的共有部分的权利，使用的方式可以是共同使用也可以是轮流使用；收益权，业主可以依规约或其共有份额取得因共用部分所生利益的权利。

业主作为共有所有人的义务主要包括以下两种：第一，依共有部分的本来用途使用共用部分。本来用途是指必须依照共有部分的种类、位置、构造、性质或依规约规定的目的或用途使用共有部分。第二，分担共同费用和负担。包括日常维修和更新土地或楼房的共同部分及公共设备的费用、管理事务的费用等。

业主作为建筑物的共有所有人，其承担的义务涉及建筑物的整体安全以及全体区分所有人的共同利益，因而不允许作为共有权人之一的个别业主，以放弃享有权利的方式，不履行义务。

“业主转让建筑物内的住宅、经营性用房,其对共有部分享有的共有和共同管理的权利一并转让。”业主的建筑物区分所有权是一个集合性质的权利。包括对专有部分享有的所有权、对建筑区划内的共有部分享有的共有权和共同管理的权利,这三种权利不可分离,其中业主对专有部分的所有权占主导地位,是业主行使另外两项权利的前提和基础。没有业主对专有部分的所有权就无法产生业主对专有部分以外共有部分的共有权,以及对共有部分共同管理的权利。如果业主丧失了对专有部分的所有权,也就丧失了对共有部分共同管理的权利。因此我国物权法第72条规定:“业主转让建筑物内的住宅、经营性用房,其对共有部分享有的共有和共同管理的权利一并转让。”

案例12:业主对共有部分有共享收益的权利。

【案情简介】

齐林是天湖小区的一名业主,刚入住时,他就发现小区的每一个电梯间内都安装有一台液晶电视,每天循环播出广告,可是小区物业中公布的收支情况表中,却没有电梯广告租金的记录。齐林找到了小区的物业,物业公司的人说,广告租金的收入已经记入了物业的管理成本。齐林对物业公司的解释并不满意,他认为电梯间既然已经记入了公摊面积,就属于全体业主共同所有,电梯间的广告租金收益也应当由全体业主分享。于是他将物业公司告上了法庭,要求物业公司公示电梯间广告租金的用途,并将电梯间广告收入折抵业主的物业费。

【关键证据】

房屋所有权证,电梯间照片,房屋买卖合同。

【举证指导】

本案的第一个核心问题是电梯间的归属,确定其归属需要审查房

屋买卖合同中对公摊部分的描述,是否将电梯间记入了公摊,如果记入了则电梯间就应当由全体业主共同所有。确定了电梯间的归属后,通过电梯间现状的照片或者其他的音像资料可以证明电梯间内电视播放广告的这一事实。播放广告就会带来广告的收入,这笔收入属于全体业主共同所有部分带来的收益,当然应当归全体业主共同所有。物业公司应当公示这笔收益的情况,不能私自独占这笔收益。

四、建筑物中的车库所有权归属

随着我国经济的高速发展,私家车的数量越来越多,车库、车位的辅助功能越来越重要,其所具有的使用价值和商业价值越来越为人们所重视。小区中的车位、车库的归属因为涉及了小区内全体业主的利益,所以显得日益重要。物权法第74条对车位归属作出了规定:"建筑区划内,规划用于停放汽车的车位、车库应当首先满足业主的需要。建筑区划内,规划用于停放汽车的车位、车库的归属,由当事人通过出售、附赠或者出租等方式约定。占用业主共有的道路或者其他场地用于停放汽车的车位,属于业主共有。"

车位、车库的本质是小区整体环境的组成部分,是为了服务于整个小区建筑物的使用和全体业主的利益。所以小区内车库和车位应当首先满足小区居民的需要,而不允许开发商将小区内的车位、车库作为自己的所有权单独开发。例如有的开发商将小区的地下停车场整体出租给附近的写字楼使用。开发商应当将小区内的车库、车位提供给小区业主使用,在保证小区业主使用的前提下,才能许可小区业主以外的人使用。

小区内车位、车库的归属属于当事人约定的范围,当事人(主要是业主和开发商)可以通过出售、附赠或者出租方式确定车位、车库的归属。出售主要指开发商将车库、车位交付业主所有,由业主支付约定价款的方式,车位、车库的所有权由开发商转移给业主,这是业主取得车

库、车位所有权的最主要的方式。附赠是指开发商把属于其所有的车位、车库无偿转移给业主，业主同意接受的方式。附赠一般发生在商品房买卖过程中，通常是未开发商为促进商品房销售而附加提供给买受人的一种优惠措施。出租，是指开发商作为出租人把车位、车库交给业主使用，业主支付租金，租赁关系终止时业主需将车位返还给开发商的方式。

因为建筑区划内的道路、其他公共场所，属于业主共有，因而在业主共有道路或其他场地上修建的停车位的归属亦应当随着土地使用权的转移而确定为业主共有。但是需要注意的是车库作为独立的使用对象，不属于小区共用的公共设施，车库的归属应当通过约定进行确定。

案例13：购买房屋并不必然导致拥有车库的所有权。

【案情简介】

北京安家房地产公司开发建设某商品房小区，住宅的底部（地下两层）均为室内车库。李利与北京安家房地产公司签订了由国家工商行政管理局、建设部联合制定的标准《商品房购销合同》，合同中规定商品房购销合同的标的由两部分构成：其一为套内建筑面积，即专有部分；其二为公共部分与公用房屋分摊面积（以下简称公摊面积）即共有部分，包括外墙的一半、楼梯间、电梯间和一层门廊。李利入住前又与北京安家房地产公司签订了《车库使用协议书》，约定将住宅底部的一个停车位交由李利使用，李利每个月支付车库使用费300元。此后，李利得知了物权法中关于小区车库所有权的规定，他认为自己购买了小区的商品房，应当拥有对车库的所有权，不应再交纳车库使用费。李利就此与开发商协商没有结果，将开发商告到了法院。

【关键证据】

商品房购销合同、车库使用协议书。

【举证指导】

本案中李利是否拥有对车库的所有权,关键在于双方对车库权属是否有约定,因为开发商修建的是地下车库,并未占用业主共有的道路或者其他场地,所以车库并不能当然地归业主所有。开发商出资修建了地下专门的车库,所以车库的原始所有权是属于开发商的,开发商有权决定车库是随住宅一并转让给业主所有,还是将车库出租给业主使用。李利与开发商之间签订的《商品房购销合同》中没有涉及车库所有权的转移问题,双方签订的《车库使用协议书》中约定的由李利租用车库,并支付租金的约定是有效的。所以本案中李利并不拥有对车库的所有权,其主张也无法得到法律的支持。

五、业主大会与业主委员会

物权法第 75 条规定,业主可以设立业主大会,选举业主委员会。每个小区的全体业主组成业主大会。业主大会是代表和维护该小区内全体业主在物业管理活动中的合法权益的自治组织。每个小区内只能设立一个业主大会,业主大会的决定对小区内的全体业主具有约束力。业主大会的主要职责根据《物业管理条例》的规定包括:(1)制定、修改业主公约和业主大会议事规则;(2)选举、更换业主委员会委员、监督业主委员会的工作;(3)选聘、解聘物业管理企业;(4)决定专项维修基金使用、续筹方案,并监督实施;(5)制定、修改物业管理区域内物业共用部分和共用设施设备的使用、公共秩序和环境卫生的维护等方面的规章制度;(6)法律、法规或者业主大会议事规则规定的其他有关物业管理的职责。

业主委员会是指由物业管理区域内全体业主代表组成,代表全体业主的公共利益,向社会各方反映业主集中的意愿和要求,并监督物业管理公司管理运作的民间性组织,他的权利基础起源于所代表的业主

们对物业拥有的所有权。根据有关行政法规和国家政策规定,居住小区已交付使用并且入住率达到50%以上时,应当在该居住小区开发建设单位,居住小区所在地的区、县房屋土地管理机关指导和协助下产生业主委员会。业主委员会一般是通过召开业主大会的方式选举产生。根据《物业管理条例》第15条的规定,业主委员会是业主大会的执行机构,履行下列职责:(1)召集业主大会会议,报告物业管理的实施情况;(2)代表业主与业主大会选聘物业管理企业签订物业服务合同;(3)及时了解业主、物业使用人的意见和建议,监督和协助物业管理企业履行物业服务合同;(4)监督业主公约的实施;(5)业主大会赋予的其他职责。

业主大会或者业主委员会履行职责,代表业主意愿,维护业主利益的决定,对于该小区的每一位业主来说,都具有约束力。但是如果业主大会或者业主委员会作出的决定违背了业主的利益,侵害了某位业主或者若干业主利益的,因该决定遭受侵害的业主,有权向人民法院申请撤销业主大会或者业主委员会作出的该项决定。在这一问题上要注意四点:第一,如果业主大会或者业主委员会的决定是在符合法定人数或者具有投票权的业主参加,作出的涉及小区事项的决定,对该小区的所有业主都发生效力,所有的小区业主都应当遵守,业主不能以其未参加会议为由提出撤销该决定。第二,业主大会或者业主委员会作出的决定对于小区的全体业主都有约束力,这其中包括了业主的继受人和物业的承租人等实际使用人。物业的实际使用人同样也不能以其未参加有关会议而不履行业主大会或者业主委员会作出的决议。第三,如果业主大会或者业主委员会超出了其职责范围作出与物业管理无关的决定,这属于违反法律、行政法规的强制性规定的行为,自始就不具有法律效力,因而也就不对业主具有约束力。如果业主大会或者业主委员会作出的决定虽然于物业管理有关但涉及侵害业主合法权益的决定,则属于业主有权请求人民法院撤销的范围。第四,业主行使撤销权是

有期限的,根据民法通则和相关司法解释的规定,可撤销的民事行为,自行为成立时起超过1年当事人才请求撤销的不受法律保护。也就是说如果业主在知道或者应当知道其合法权益被侵害的1年后主张撤销权,就无法得到法律的支持。如何确定业主知道或者应当知道其合法权益被侵害,一般应当以业主大会或者业主委员会的决定公布、公示或传达等业主稍加注意就能得知作为标准。

六、建筑物区分所有中民宅商用的问题

物权法第77条规定,业主不得违反法律、法规以及管理规约,将住宅改变为经营性用房。业主将住宅改变为经营性用房的,除遵守法律、法规以及管理规约以外,应当经有利害关系的业主同意。在建筑物区分所有的情况下,这种将住宅性质房屋的用途改变为餐饮、娱乐、超市等商业用房以及开办公司等办公用房的行为,一般被称为"民宅商用"或者"住改商"。近几年来,经常发生一些业主将购买时为住宅用途的房屋改作商业或者办公用房,并引发纠纷的事件。对此物权法从我国社会实际出发,对民宅商用进行了较为严格的限制。

业主改变住宅性质为经营性用房的,除遵守法律、法规以及管理规约外,还要经过有利害关系业主的同意。这里所提到的法律、法规包括国务院制定的行政法规和各省、自治区、直辖市人大常委会制定的地方性法规。管理规约通常是指业主大会或者业主委员会制定的确定业主是否有权改变住宅性质的房屋用途的小区规约。除此以外,业主要想"民宅商用"还需征得有利害关系业主的同意。有利害关系的业主虽然不是必然指的整个小区的所有业主,但是应当包括因"民宅商用"的行为改变了居住和生活环境的业主,而不仅仅指居住在同一建筑物内的有墙体连接部分的上下左右邻居。利害关系人同意的方式,也应当严格限制为必须有书面同意相关业主"民宅商用"。

案例14：拆改邻街一层开办服装店，被判恢复房屋原状。

【案情简介】

张名侠购买了幸福园小区1号楼1门临街的一套一层三居室，这套房屋美中不足的就是临街的两间房噪音较大，而且私密性也不好。张名侠居住了一段时间后决定将临街两间房的窗下墙拆除，改作门脸房经营房屋。为此张名侠找到了住在二层的邻居李明华协商此事，希望征得李明华的同意。李明华与张名侠达成了一致意见，同意张名侠改作经营房屋的行为，并以2500元每月的价格租用其中的一间。此后张名侠按照自己的设计将两间房的窗下墙拆除，将两间房屋改作了门脸房对外经营服装。同样居住在幸福小区1号楼1门四层李劲认为张名侠拆除窗下墙的行为，危害了房屋的整体安全，将房屋用作商业用途影响了自己居住的安宁，要求张名侠将其房屋恢复原状，双方协商不成，李劲将张名侠告到了法院。

【关键证据】

房屋所有权证，房屋现状的照片。

【举证指导】

张名侠拆改窗下墙的行为损坏了住宅的共用部分，超出了正当行使房屋所有权的权利界限。因为房屋的承重结构部分、外墙面等属于住宅的共用部分，并不属于住宅的自用部分，所以张名侠的行为侵害了1号楼所有业主的权利。而且张名侠改变房屋用途的行为仅仅征得二层一户的同意是远远不够的，需要征得所有利害关系人的书面同意。李劲只需要证明自己是幸福小区1号楼的业主，以及张名侠确实改变了房屋结构和用途，他的主张就能够得到法院的支持。

第四节　保障合法权益，正当处理相邻关系

一、相邻关系的概述和基本原则

相邻关系是指互相毗邻的两个以上的不动产所有人或者使用人，在用水、排水、通行、通风、采光等方面根据法律规定产生的权利义务关系，其中任意一方的权利就叫相邻权。相邻关系是相邻不动产的权利人行使其权利的一种延伸或限制：给对方提供必要便利的不动产权利人是权利受限制的一方，因此取得必要便利的不动产权利人是权利得以延伸的一方。

物权法第84条规定："不动产的相邻权利人应当按照有利生产，方便生活，团结互助、公平合理的原则，正确处理相邻关系。"有利生产、方便生活的原则意义在于充分发挥不动产的使用收益，最大限度的维护各方的合法权益。团结互助、公平合理的原则意义在于出现利益冲突的时候避免出现过于强调一方面的利益而忽视另一方面利益，面对争议以团结为主，强调互助，公平合理地处理相邻纠纷，避免矛盾激化。

案例15：相邻关系人之间负有互相容忍的义务。

【案情简介】

项飞和项雨两家相邻，村里架设照明线和电话线，线路进入项飞家须经过项雨家房后铺设、固定而引入。一日，项飞和项雨发生争吵，项雨将通过其房后的引入项飞家的照明线和电话线剪断，并表示禁止项飞将电话线和照明线通过自家房后铺设。项飞认为自己家的线路只能

通过项雨家房后进入，而且项雨剪断自家线路的行为侵害了自己的合法权利，应当进行赔偿。

【关键证据】

照明线和电话线被损坏的照片。

【举证指导】

项雨的行为并不妥当，因为他负有对相邻的项飞设置必要管线的容忍义务，这种义务就来源于相邻关系的特殊性，相邻的不动产所有权人或者使用权人之间，往往发生密切的关系，需要一方为对方行使正当权利提供必要的便利，容忍对方权利对自己造成的一定的限制。本案中，项雨完全可以与项飞通过协商等方式，妥善解决好邻里纠纷，不能因为琐事就禁止项飞在自己的房后架设电话和照明线。而且项雨剪断电话线和照明线的行为也侵害了项飞享有的对电话和照明线的所有权，项飞有权利要求项雨赔偿其行为给自己造成的损失。

二、相邻关系的种类和处理原则

（一）相邻用水、排水关系的处理原则

物权法第86条规定，不动产权利人应当为相邻权利人用水、排水提供必要的便利。对自然流水的利用，应当在不动产的相邻权利人之间合理分配。对自然流水的排放，应当尊重自然流向。这里说的用水和排水是水利资源利用的两个方面，水源不足时多产生相邻用水关系纠纷，例如因为截水、蓄水、引水引起的纠纷；水源过剩时多产生排水纠纷。这里说的“必要”的便利，应当界定为提供的便利不超过不动产权利人所具有的能力，而且如果不向相邻权利人提供这种便利，就会影响相邻权利人正常的生产或者生活。

如何才是合理分配自然流水，主要应当考虑四个方面：(1)要兼顾

相邻各方的利益,包括兼顾上下游和左右岸用水、航运、竹木流放、渔业和保护生态环境的需要,(2)坚持生活用水优先的原则,开发利用水资源,应当首先满足城乡居民生活用水,(3)利用有限的自然流水灌溉农田,有用水协议的,按照协议办理,没有用水协议的,为节约用水并充分发挥其效益,应按照"先近后远,由高到低"的顺流原则处理,(4)相邻一方擅自堵截或独占自然流水影响他方正常生产、生活的,他方有权请求排除妨碍;造成他方损失的,应负赔偿责任。

对于自然流水的排放,应当尊重自然流向。因为自然流水是历史形成的,具有一定的合理性,理应得到相邻各方的尊重。任意改变自然流水流向,不仅会对生态带来不利影响,而且容易产生相邻关系纠纷,甚至影响社会稳定。如果相邻一方认为确实需要改变自然流水流向的,应当与相邻他方进行协商,达成排水协议。如果协议内容涉及社会公共利益的,应报请水主管部门同意。

(二)建筑物间通风、采光、日照

相邻各方修建房屋或其他建筑物,相互间应保持适当距离,不得妨碍邻居的通风、采光和日照。我国物权法第89条规定,"建造建筑物,不得违反国家有关工程建设标准,妨碍相邻建筑物的通风、采光和日照"。如果建筑物影响相邻对方的通风、采光、日照或者其他正常生活的,受害人有权请求排除妨碍,恢复原状和赔偿损失。这里要重点分析的是妨碍通风、采光和日照的判断标准,因为基于相邻关系制度的固有功能,相邻建筑物的所有人或利用人之间必须负有一定的容忍义务。特别是在城市的房屋密集区,相邻房屋间往往都或多或少地存在一些妨碍通风、采光、通行的情况。只有在妨碍通风、采光和日照超过了必要的容忍限度时,受害人主张排除妨碍或者损害赔偿才能得到支持。判断是否超过了必要的容忍限度应当以国家有关工程建设标准的内容作为标准,如果违反了国家有关工程建设标准的,就应视为超出了必要的容忍义务的限度。如果符合国家有关工程建设标准的,即使对临近

建筑的通风、采光和日照造成了一定程度的妨碍，也应当视为未超出容忍限度，此时相邻建筑物的所有权人或利用人负有容忍义务。我国对此相关规定有《中华人民共和国国家标准〈城市居住区规划设计规范〉》，北京市政府制定有《北京市生活居住建筑物间距暂行规定》，都可以作为判断的依据。

案例16：搭建自建房影响邻居通风、采光，被判拆除。

【案情简介】

在北京市某老城区章西与杜兰是邻居，章西家房屋的门正对着杜兰家的房屋的后窗。章西为了改善自己的居住条件，决定在自家门外贴着杜兰家的房屋后窗新搭建一间自建房居住。杜兰发现后，认为章西新搭建的房屋挡住了自己房屋的后窗，影响了自己房屋的通风和采光。杜兰找到章西协商解决，章西表示自己是在自家门前搭建的房屋，没有影响到杜兰使用房屋，所以不同意杜兰的诉讼请求。

【关键证据】

房屋所有权证、房屋现状照片。

【举证指导】

本案中涉及相邻关系中的日照、采光纠纷。在城市中特别是老城区的平房密集区，由于居住人口多，房屋密度大，此类纠纷经常发生。章西没有经过规划等部门批准自行在家门外建房，所建房屋不能得到法律保护，而且现在该房对邻居正式房屋的通风和采光造成了影响，侵害了邻居的合法权利，邻居有权要求他拆除该自建房屋。

此类相邻关系的纠纷中，权利人往往要证明两个内容，一是自己的合法权利或者利益受到侵害，如影响自己所有或承租的房屋通风、采光，如果影响自己的也是不受法律保护的自建房，那是无权要求对方拆

除的。二是确实影响了自己的合法权利，如果本案中，章西搭建的自建房并没有对杜兰正式房屋造成影响，杜兰就没有权利要求章西拆除。是否构成影响可以通过照片证明，也可以向法庭申请要求法官到现场进行勘验调查。

（三）相邻土地通行、使用关系

土地权利人的基本权利之一就是禁止他人进入自己的土地。非法侵入不动产特别是土地，就构成了侵害财产的侵权行为。但是，在相邻土地之间，如果存在通行的必要，则需要保证相邻方的必要通行权。我国物权法第 87 条规定："不动产权利人对相邻权利人因通行等必须利用其土地的，应当提供必要的便利。"这里所说的相邻关系是指，由于地理条件的限制，一方必须利用相邻一方所有或者使用的土地，取得通行等便利。如相邻一方的土地处于另一方土地包围之中，或者由于其他原因，相邻一方必须经过另一方的土地通行的，例如一方必须利用相邻一方的走廊、涵洞、隧道通行等。这里说的"必须"是指一方的通行若不利用相邻一方的土地，就无法出行。同时，对邻地享有通行权的人，应当选择对邻地权利人损害最小的路线通行，注意保护邻地上的财产，如果因在邻地通行造成相邻一方损害的，应当依法赔偿相邻方的损失。

根据我国物权法第 88 条规定："不动产权利人因建造、修缮建筑物以及铺设电线、电缆、水管、暖气和煤气等管线必须利用相邻土地、建筑物的，该土地、建筑物的权利人应当提供必要的便利。"这是关于不动产权利人临时利用相邻土地、建筑物进行施工，相邻权利人有义务提供必要便利的规定。此种相邻关系有两个特点，第一是"临时利用"就是说只是因为特定事由在特定的时间利用，而非永久利用，利用的时间通常为修建施工期间，施工结束后应当将相邻土地恢复原状；第二是"必须利用"，如铺设电缆、电线、水管、暖气和燃气管线如果不利用相邻权利人的土地、建筑物，施工就无法正常开展，甚至可能严重影响企业生产和居民的正常生活。而如果这种利用并非"必须"的，不动产权利人可

以自己解决,相邻权利人就可以拒绝向其提供便利。不动产权利人基于本条的规定行使相邻土地的临时利用权利时,应当注意保护相邻权利人的利益。例如不动产权利人在施工前应当制定施工方案,尽量减少在施工过程中给相邻权利人造成的影响,施工完毕后及时清理现场,恢复原状。双方也可以约定利用相邻权利人土地、建筑物的范围、用途和期限等,如果不动产权利人行使相邻权过程中违反了双方的约定,应当承担违约责任。给他方造成损失的,都应当给予赔偿。

(四)相邻环保关系

随着工业经济的飞速发展,环保问题日益引起人们的关注,人们生活环境的质量日益提高,相邻环保关系也成为了相邻关系中的一个热点,关系到相邻各方的生活和生产安全。我国物权法第90条规定:"不动产权利人不得违反国家规定弃置固体废物、排放大气污染物、水污染物、噪声、光、电磁波辐射等有害物质。"这里的国家规定主要指国家有关环境保护方面的法律法规、规章和相关文件的规定。而是否违反国家规定,是判断不动产权利人排放行为是否违法的标准。

案例17:开发商在自有产权的部分修建锅炉房,影响业主也要赔偿。

【案情简介】

张新宇购买了和谐小区5号楼3门1层102号房屋,该楼配有地下室一个,地下室的产权属于开发商所有。根据原规划,该地下室用途为自行车库,而开发商在小区交付后,自行决定将为小区提供供暖的锅炉安装在地下室,锅炉安在地下室后,冬天,锅炉启动发出了很大的声响,给张新宇的生活造成很大影响,而且张新宇认为自己家就在供暖锅炉的楼上,安全上也存在隐患,多次与开发商协商没有达成一致,遂将开发商起诉到法院。要求开发商赔偿因为将锅炉安在地下室给自己造成的损失。

【关键证据】

噪音检验报告。

【举证指导】

开发商虽然拥有地下室的产权，但是并不意味着他能够随意处分或者使用地下室，开发商将原本规划中的自行车库改建为供暖锅炉房，没有相应的审批手续，缺乏合法性依据。而且供暖锅炉房在供暖季产生的噪音也会对低层业主的生活造成影响。业主可向法院申请，委托有资质的噪音检测机构对其家中的噪音进行检验鉴定，如果鉴定结果因为锅炉房使得业主家的噪音高于国家标准，则开发商应当对业主的损失进行赔偿。至于具体的损害赔偿数额则要看业主遭受的实际损失情况，有的业主可能因为噪音影响睡眠，出现神经衰弱的病症，有的业主可能因为噪音影响工作和学习，业主需要对自己的损失情况承担举证责任。

第五节　共　　有

一、概述

共有是指两个或者两个以上的单位或者个人对同一动产或者不动产享有所有权。

根据我国物权法的规定，不动产或者动产可以由两个以上单位、个人共有。共有的形式包括按份共有和共同共有。按份共有是指共有人

对共有的不动产或者动产按照其份额享有所有权。所谓份额,是指共有人对共有物所有权所享有的比例,其数额一般由共有人事先约定,约定的一般依据也就是投资比例。按份共有人按照其份额对共有财产享有占有、使用和收益的权利,也是按照各自的份额对共有财产享有处分权。

共同共有是指共有人对共有的不动产或者动产共同享有所有权。共同共有的法律特征是:首先共同共有产生的基础是共同关系,例如因为夫妻关系的存在,才发生夫妻财产的共同共有的关系。遗产继承开始后至遗产分割之前,遗产作为整体存在,没有分割为继承人所有,如果继承人是数人,各继承人对于该期间的遗产全部为共同共有。其次共同共有的财产权利不分份额。只要共同关系存在,共同共有人就不分份额地共同享有权利。因此各共同共有人对共同财产享有的权利和承担的义务也是平等的。

我国在出台物权法之前,对共有这一问题在民法通则第78条进行了规范:“财产可以由两个以上的公民、法人共有。共有分为按份共有和共同共有。按份共有人按照各自的份额,对共有财产分享权利,分担义务。共同共有人对共有财产享有权利,承担义务。按份共有财产的每个共有人有权将自己的份额分出或者转让,但在出售时,其他共有人在同等条件下,有优先购买的权利。”这从法律上初步规范了我国的共有制度。此后最高人民法院制定了《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》,其中用了5个条文对共有制度进行进一步地细化规范:第88条规定,对于共有财产,部分共有人主张按份共有,部分共有人主张共同共有,如果不能证明财产是按份共有的,应当认定为共同共有。第89条规定,共同共有人对共有财产享有共同的权利,承担共同的义务。在共同共有关系存续期间,部分共有人擅自处分共有财产的,一般认定无效。但第三人善意、有偿取得该财产的,应当维护第三人的合法权益,对其他共有人的损失,由擅自

处分共有财产的人赔偿。第 90 条规定，在共同共有关系终止时，对共有财产的分割，有协议的，按协议处理，没有协议的，应当根据等分原则处理，并且考虑共有人对共有财产的贡献大小，适当照顾共有人生产、生活的实际需要等情况。但分割夫妻共有财产，应当根据婚姻法的有关规定处理。第 91 条规定，共有财产是特定物，而且不能分割或者分割有损其价值的，可以折价处理。第 92 条规定，共同共有财产分割后，一个或者数个原共有人出卖自己分得的财产时，如果出卖的财产与其他原共有人分得的财产属于一个整体或者配套使用，其他原共有人主张优先购买权的，应当予以支持。时隔近 20 年，我国物权法中设立专门一个章节规范共有制度，共有制度得到了进一步的完善。

二、共有财产的管理、修缮及费用承担

我国物权法第 96 条规定，共有人按照约定管理共有的不动产或者动产；没有约定或者约定不明确的，各共有人都有管理的权利和义务。

共有人可以通过分管协议进行管理，也就是共有人间约定某个人或数人管理共有物或者各自分别占有共有物的特定部分，并对该部分进行管理。通过合同约定对共有物进行分别管理，是共有人行使权利的表现。对共有物进行分别管理，也有利于共有物效用的充分发挥。分别管理的共有人应当按照约定对共有物进行管理，如果违反约定，要承担相应的责任。

案例 18：未能按约定妥善保管共有物，其他共有人要求赔偿。

【案情简介】

张地、李天、郝人是很好的朋友，1995 年，三人每人出资 5 万元购买了一幅齐白石的扇面，三人达成书面的协议约定扇面由张地负责妥善保管，将来画的价值上升后将画出售，获得的收益三人平分。此后画一直由张地保管，2007 年，李天和郝人认为现在这副扇面的价值已经增长

了很多，找到张地协商出售扇面的事情，这时，张地才发现自己保管的扇面出现了潮湿发霉和虫蛀的现象，丧失了收藏的价值。李天和郝人认为张地没有对画进行妥善的保管，要求张地赔偿二人遭受的损失，张地认为自己已经尽到了保管的义务，这么多年扇面出现发霉虫蛀是正常的，自己也遭受了损失，不同意再赔偿李天和郝人的损失。

【关键证据】

三人签订协议、扇面。

【举证指导】

当事人因为共有物的管理发生纠纷，首先要看共有人之间对共有物的管理是否有协议，本案中，三个共有人达成了协议由张地负责妥善保管扇面，这样的约定是合法有效的，当事人应当遵守。张地如果尽到保管责任，虽然经过了十余年，扇面也是不会出现发霉和虫蛀的现象的，现在由于张地在保管中的疏忽，扇面丧失了收藏价值，应当由张地承担责任。虽然三人并没有在协议中约定违约的责任，但是李天和郝人可以根据扇面现在的价值要求张地赔偿损失。扇面现在的价值可以通过对受损扇面的鉴定得出结论。

在共有权人需要对共有物的保管和使用进行约定，由特定共有权人保管时，应当签订书面的协议，并约定保管、使用人的义务和违约责任。

对共有物的共同管理包括以下三种具体方法：

（一）共有物的保存，主要是指以防止共有物的灭失、损毁或者权利丧失、限制等为目的，而维持现状的行为。因为对共有物的保存对全体共有人都有好处，不会损害其他共有人的利益，所以对共有物的保存行为可以单独进行，不需要先经过其他共有人的同意。

（二）共有物的改良，是指以对于共有物或者物上的其他权利的利

用或改善为目的的行为,可以增加共有物的收益或者效用为目的的行为。与保存行为相比,改良没有保存行为那样的紧迫和必要,而且改良行为所需要的费用又往往比较大,与各共有人的利益相关,所以改良行为不可能像保存行为那样由某一任意的共有人单独决定。所以我国物权法规定对共有的不动产或者动产作重大修缮的,除共有人之间另有约定的外,应当经占份额2/3以上的按份共有人或全体共同共有人同意。

(三)共有物的利用,是指以满足共有人的共同需要为目的,不变更共有物的性质,而决定其使用、收益方法的行为,例如将共有房屋出租。这种行为不涉及增加共有物的效用或者价值,属于重要的管理行为,应当由全体共有人同意。

对共有物因保存、改良或者利用行为所支付的费用就是共有物的管理费用。因共有物的存在而产生的私法和公法上的费用,就是共有物的其他负担,例如缴纳共有车辆的税费、保险费或者因共有物致他人损害而支付的损害赔偿金。关于上述的共有物产生的费用如何负担,物权法第98条规定:"对共有物的管理费用以及其他负担,有约定的,按照约定;没有约定或者约定不明确的,按份共有人按照其份额负担,共同共有人共同负担。"如果共有人之一支付的必要的管理费用超出了应当由其承担的份额时,如果属于按份共有,因为每一个共有人的份额是确定的,其承担的义务应该与其份额相称,超出其应当承担的份额时,应该有权要求其他共有人偿还。如果属于共同共有,因为共有人对于共有物共同享有权利,共同承担义务,共有人之间并不存在份额,因此在共同共有的领域就不存在某一共有人因支付的必要的管理费用超过了其应当承担的份额这种情况。

案例 19:共有人应当承担的义务和享有的权利。

【案情简介】

马千里与曾淑英是夫妻,生有四个子女,马聪、马慧、马明、马亮。马千里与曾淑英生前与长子马聪居住在马千里所有的长寿园 17 号的 3 间平房内,马千里与曾淑英在 2005 年和 2006 年分别去世,二人均未留下遗嘱。马聪、马慧、马明和马亮办理了长寿园 17 号 3 间平房的房屋共有权证,每人占有 1/4 的份额。因为马慧、马明、马亮在他处均有住房,所以长寿园 17 号的 3 间平房一直由马聪继续使用。2007 年 5 月,因为出现了持续的大雨天气,3 间平房不同程度地出现了墙体开裂、漏雨的情况。马聪出钱请人对房屋进行了修补,花费了 1 万元。事后,马聪找到马慧、马明、马亮,要求 3 人分担翻修的费用,但是遭到 3 人拒绝,3 人认为房屋既然由马聪在使用,就应当由马聪负责维护。

【关键证据】

房屋共有权证、翻修费用的发票。

【举证指导】

长寿园 17 号 3 间平房,由马聪、马慧、马明、马亮 4 人按份共有,4 人都有对共有房屋的保存义务。房屋在出现破损、存在损毁的危险时,马聪出钱修补房屋,支付的金钱属于为了保存共有物的支出,在 4 人没有就保存共有物的责任确定之前,应当由 4 人平均负担。

本案中,马聪修补房屋发生的费用是举证的关键,马聪应当提交修补房屋费用的合法证据。包括购买修补材料的发票,人工费的有效票据等。另外,因为房屋一直由马聪使用,马慧、马明和马亮可以和马聪协商今后房屋保存发生的费用由马聪一人承担。也可以通过协商确定将共有物出租,用出租的收益来保存共有物。

三、共有财产的分割

（一）分割的原则

我国物权法第99条规定，共有人约定不得分割共有的不动产或者动产，以维持共有关系的，应当按照约定，但共有人有重大理由需要分割的，可以请求分割；没有约定或者约定不明确的，按份共有人可以随时请求分割，共同共有人在共有的基础丧失或者有重大理由需要分割时可以请求分割。因分割对其他共有人造成损失的，应当给予赔偿。

按份共有财产的分割，共有人约定不得分割共有财产的，应当按照约定，但共有人有重大理由需要分割的，可以请求分割。没有约定或者约定不明确的，按份共有人可以随时请求分割。关于共同共有财产的分割，共有人约定不得分割共有财产的，应当按照约定，但共有人有重大理由需要分割的，可以请求分割。没有约定或者约定不明确的，共同共有人原则上不得请求分割共同财产，只有在共有的基础丧失或者有重大理由需要分割时才可以请求分割。

（二）分割的方法

我国物权法第100条规定：共有人可以协商确定分割方式。达不成协议，共有的不动产或者动产可以分割并且不会因分割减损价值的，应当对实物予以分割；难以分割或者因分割会减损价值的，应当对折价或者拍卖、变卖取得的价款予以分割。共有人分割所得的不动产或者动产有瑕疵的，其他共有人应当分担损失。

从物权法的条文看，共有人请求分割共有物的方法包括协议分割和裁判分割。

分割共有物，共有人之间能够协商的，按照协商确定的分割方式进行，这里要注意的是：第一，所谓“协商”必须经全体共有人一致同意，如果某一共有人没有参加协商或者不同意协商结果，分割共有物的协议均不发生法律效力。第二，共有人之间达成的协议并不要求必须是书

面的明示同意，对分割方式事先同意或者事后予以追认，都应该认为分割达成协议。第三，分割协议并不仅在共有人之间发生效力，而且一共有人将其分得部分转让给第三人的时候，该协议对第三人也有拘束力。第四，分割协议的性质只是债权合同，协议达成后，共有人并没有当然取得分得部分的单独所有权，而只是拥有要求履行分割协议的请求权。如果有的共有人不按分割协议履行义务，其他共有人可以向人民法院起诉，请求该共有人履行，此种情况下仍然要适用诉讼时效。超过了诉讼时效请求履行分割协议的，其请求不应得到支持。如果不能达成新的分割协议，只能视为当事人之间没有分割共有物的协议，此种情况下，当事人就只能请求法院裁判分割共有物了。

案例 20：分割协议未经全体共有人同意不发生法律效力。

【案情简介】

武文革和李红冰夫妇有四个儿子，武刻、武奇、武驹、武全和一个女儿武思云，武文革在北京市西城区有平房 9 间，武文革和李红冰夫妇在一次交通事故中双双遇难，并未留下遗嘱。武刻、武奇、武驹、武全和武思云在协商如何分割父母留下的遗产过程中发生了争议，武刻、武奇、武驹、武全要求各占两间平房，只同意给武思云一间平房，4 人并达成了分割协议，但是武思云并不同意，5 人不欢而散，过了几天，武思云发现这 9 间平房已经分别过户到了自己兄妹 5 人的名下，自己只有其中一间的所有权，武思云认为自己没有与别人达成任何的分割协议，要求法院确认对房屋的分割行为无效。

【关键证据】

分割协议。

【举证指导】

分割共有物,共有人之间能够协商的,应当按照协商确定的分割方式进行,既然是协商,就需要所有共有人一致同意,如果有任何一个共有人没有参加协商或者不同意协商结果,均无法按照分割共有物的协议执行。本案中,武思云由于分给自己的份额较少,没有与自己的兄弟就分割房产达成任何协议,所以不能通过协商的方式分割共有房产。本案中的核心证据是房屋现已分割过户的依据——分割协议,四兄弟应当提供证据证明武思云与他们已经达成了分割协议,例如有武思云签名认可的分割协议,否则这一分割行为是无效的。如果四兄弟提交分割协议,这时武思云就需要证明这份协议没有经过自己的同意:例如通过笔迹鉴定证明这份协议上武思云的签名是他人代签的。

裁判分割的具体方法有三种:实物分割、变价分割和折价分割。如果共有财产在物理属性上可以进行实务分割,且不会因为分割减损共有财产的价值就应当进行实务分割。如果不动产或者动产难以分割或者因为分割会减损价值的,应当对拍卖、变卖取得的价款予以分割。这就是变价分割,但是变价分割的不足在于共有人要支付给拍卖、变卖机构一笔费用,使共有财产无谓减少。还有一种分割方式称为折价分割,是指由共有人中的一人或者数人取得共有财产,对其他共有人予以金钱或者实务补偿。采取此种分割方式需要首先委托评估机构评估共有财产的价值,也需支付一定的额外费用。

需要强调的是,共有人通过分割所得的不动产或者动产如果有瑕疵,其他共有人应当承担损失,这就是物的瑕疵担保责任。

案例21:即便达成禁止分割协议,遇重大理由共有人仍有权要求分割共有物。

【案情简介】

张千、李万、杜亿是文物收藏爱好者,3人每人出资30万元购买了一件明朝青花瓷器。三人都认为这件瓷器有很大的升值空间,就达成了书面协议载明了3人各自出资30万元购买该瓷器的情况,并约定在10年内3人中谁也不得要求出售或者分割这件瓷器,10年后如果有人要求分割,其他两人有权优先购买该人的份额。但是仅仅过了1年,李万家中遭受了火灾,财产损失严重,并且李万的妻子被烧成重伤住进了医院。李万无力支付妻子的医药费,就找到了张千和杜亿,希望可以将瓷器出售,用出售瓷器的收入中属于自己的部分来支付妻子的医疗费。张千和杜亿认为现在这件瓷器并未有太大的升值,而且大家有言在先,10年内不得出售这件瓷器,不同意出售。李万又提出自己可以将自己的份额按照原价转让给张千和杜亿,但是张千和杜亿只同意支付15万元来购买李万所有的份额。李万无奈,只得诉至法院要求分割花瓶。

【关键证据】

分割协议、李万妻子住院证明、青花花瓶。

【举证指导】

3人虽然只是约定对瓷器共同所有,以及各自的出资额,并未约定是共同共有还是按份共有,但根据物权法第103条的规定,“共有人对共有的不动产或者动产没有约定按份共有或者共同共有,或者约定不明确的,除共有人具有家庭关系等外,视为按份共有”。3人并未具有法律认可的特殊的共同关系,所以三人对青花花瓶应当为按份共有。根据物权法第104条的规定,“按份共有人对共有的不动产或者动产享

有的份额,没有约定或者约定不明确的,按照出资额确定;不能确定出资额的,视为等额享有”。3 人在协议中只是载明了各自的出资额,未约定各自享有的份额,所以应当视为 3 人按照出资额对青花花瓶享有按份共有的份额,即 3 人各自享有青花花瓶 1/3 的份额。

3 人在协议中约定在 10 年内不得出售和分割青花花瓶,这样的协议是合法有效的,3 人都应当遵守。但是李万家中遭受火灾,妻子重伤住院,经济十分困难,此时李万请求分割青花花瓶的理由是为了重伤的家人治病,是迫不得已的,是为了家人的生命健康权,应属于物权法第 99 条规定的“重大理由”,李万要求分割青花花瓶的请求应当得到法律的支持。

青花花瓶如何分割,因为青花花瓶是一个整体,不可能一分为三,所以只能采取变价分割或者折价分割的方式。折价分割的方式则是首先通过鉴定机构对青花花瓶的价值进行评估,根据评估出的价值再由张千、杜亿给李万价金。如果张千和杜亿不愿意或者没有能力支付此价金,就可以采用变价分割方式,可以请求法院委托拍卖机构对青花花瓶进行拍卖,就拍卖得到的价款在扣除拍卖费用后 3 人各分得 1/3。

四、共有物的转让

我国物权法规定,按份共有人可以转让其享有的共有的不动产或者动产份额。其他共有人在同等条件下享有优先购买的权利。

共有物转让中的优先购买权,就是共有人享有先于他人购买共有物的权利。共有人行使优先购买权要符合两个条件。首先必须符合共有人的身份,如果失去了共有人这个身份的基础,就不能再享有此优先购买权。其次优先购买权的另一个基础就是“同等条件”,这个同等条件不仅仅是价格条件,还包括付款条件,以及拟转让的共有人提出的影响其利益实现的其他条件。

如何处理共有人的优先购买权与承租人的优先购买权的竞合。这

需要考量这两种优先购买权的基础,共有人的优先购买权是基于共有这一物权关系产生的,而承租人的优先购买权是基于租赁这种债权关系产生的,其基础是租赁合同,属于债权。根据物权优先于债权的原则,共有人的优先购买权优于承租人的优先购买权。此外从维护社会和共有人之间的稳定角度考虑,如果两种购买权发生矛盾时,让承租人的优先购买权优先,承租人变成了共有人,也会造成与原其他共有人之间的矛盾。反之,即使共有人的优先购买权优先,基于买卖不破租赁的原则,也不会对承租人的租赁权造成影响。

案例22:不能提供同等条件,无法享有优先购买权。

【案情简介】

周江和周海是亲兄弟,共同继承了父母遗留的一个四合院,2人办理了共有产权证,各占1/2份额。四合院被租给了一个外资企业在京的高级主管史帝文一家,月租金1万元。周海因为看到现在股票市场行情很好,为了筹集资金炒股,决定将自己对四合院的产权以80万元的价格出售。他找到周江协商,周江表示愿意购买,但是自己手头没有这么多钱,要采用分期付款的方式,每年支付20万元,分4年付清。周海认为自己是为了炒股筹钱,不能等这么长时间,就找到史帝文,史帝文表示愿意立即支付80万元购买周海手中的四合院产权。但是周江认为,自己作为共有人有优先购买权,自己同意按照80万元的价款购买,周海就不能再将其手中的产权卖与他人。

【关键证据】

房屋共有权证、买卖协议、通知周江出售房屋的书面证据以及周江对此的书面意见。

【举证指导】

本案中,周海因为筹钱炒股急需资金出售自己所有的四合院的份额,作为另一个共有人的周江有优先购买权。但是周江只能采用分期付款的方式支付购房款,这样就不能满足周海急于用钱的需要。而史帝文能够立即支付全部房款,在本案中的情形下,同等条件的优先购买权就不仅仅包括同样的价格,还应当包括同样的付款期限之内。周江无法提供包括同样价格和同样付款期限在内的同等条件,就无法享有优先购买权。

本案中如果要证明周海和史帝文的买卖行为没有侵害周江的合法权利,特别是优先购买权,周海和史帝文需要提交房屋共有权证,证明周海有权利处分四合院中自己的份额。提交买卖协议,证明周海与史帝文达成的购买四合院的价款和支付期限。提交已经将史帝文出价购买四合院部分产权的事宜告知周江的书面证据,证明共有权人已经将出售共有财产中自己份额的事宜告知了其他共有权人。周江对此的书面意见可以看出其他共有人是否愿意以同等条件行使优先购买权购买该共有份额。

此类案件中最主要的就是要证明已经将出售共有份额意愿以及他人对共有份额购买报价告知了其他共有人。

五、共有物的债权债务负担

因共有财产产生的债权债务如何享有和负担。我国物权法第 102 条规定,因共有的不动产或者动产产生的债权债务,在对外关系上,共有人享有连带债权、承担连带债务,但法律另有规定或者第三人知道共有人不具有连带债权债务关系的除外;在共有人内部关系上,除共有人另有约定外,按份共有人按照份额享有债权、承担债务,共同共有人共同享有债权承担债务。偿还债务超过自己应当承担份额的按份共有

人,有权向其他共有人追偿。

这里分别就按份共有和共同共有进行说明。按份共有关系中,共有人对第三人侵害共有物享有损害赔偿请求权,这一赔偿请求权属于连带债权,各共有人行使权利,应受自己共有权利份额的限制。因为共有物产生的债务,共有人对该债务要承担连带责任。但是如果第三人知道共有人之间不是连带债权债务关系,比如第三人知道共有人之间是按份共有关系,那么因共有物产生的债权债务,共有人之间按份享有和承担。在清偿债务或者享有债权后,共有人之间如何处理,首先看共有人之间是否有这方面的约定,如果有约定,按照约定处理,没有约定,按份共有人按照份额享有债权,承担债务。偿还债务超过自己应当承担份额的按份共有人有权向其他共有人追偿。

共同共有中,共有人对第三人侵害共有物享有的损害赔偿请求权属于共同享有,而不是由共有人分别享有。因共有物产生的债务,共同共有人对该债务同样要承担连带责任。在共同共有人的内部关系上,有约定的从约定,没有约定的共同共有人应当共同享有债权、承担债务。因共有财产产生的债权债务,共同共有人之间就不存在一共有人承担的债务超过自己应当承担份额的问题,也就不存在按份共有关系中可能存在的追偿的问题。

案例 23:共有物侵权,共有人要承担赔偿责任。

【案情简介】

张贵和李福是村里的邻居,平时两家关系不错,张贵在集市上看见一头耕牛,个头足,牙口也合适,但是张贵觉得自己一家平时也用不了一头耕牛,就找到李福商议,2 人最后决定一人出一半钱,共同购买这头牛,以后两家轮流使用。耕牛买回后,两个人一人用一个星期,一天李福带着耕牛外出劳作时,耕牛突然受惊,将经过的同村村民李敏顶伤,李敏被送到县医院抢救治疗,花费了医药费 3000 元。李敏找到李福要

求赔偿，李福赔偿了医药费后，找到张贵，认为张贵也应当负担一部分，但是张贵认为，牛是在李福处受惊伤人，是李福没有照顾好牛，与自己无关，不同意负担医药费。

【关键证据】

李敏收到医药费的收条。

【举证指导】

本案属于共有物侵权引发的赔偿纠纷，涉及共有人内部关系和共有人与被侵权人的外部关系，这两部分内容。被侵权人李敏可以向共有人张贵或者李福主张赔偿责任，而张贵也不能以牛在李福处为由拒绝赔偿。

案例中，李福向李敏承担了赔偿责任后，就发生了共有人内部的求偿关系。根据物权法第102条规定，除共有人另有约定外，按份共有人按照份额享有债权、承担债务。张贵与李福各出资一半购买耕牛，在双方没有其他约定的情况下，两人对耕牛各享有一半的份额，2人内部也应当按照此标准承担因耕牛侵权造成了损失。李福支付了李敏的全部医药费后有权要求张贵负担其中的一半。而李敏收到医药费的收条则是证明李福已经先行承担了全部医药费的关键证据。

六、推定共有和确定共有人的份额

我国物权法第103条规定，共有人对共有的不动产或者动产没有约定为按份共有或者共同共有，或者约定不明确的，除共有人具有家庭关系等外，视为按份共有。这一规定改变了最高人民法院颁布的《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》中第88条的规定："对于共有财产，部分共有人主张按份共有，部分共有人主张共同共有，如果不能证明财产是按份共有的，应当认定为共同共有。"这一规定

的实际意义在于如果推定为按份共有,则共有人之间内部按照自己的份额享有债权、承担债务。偿还债务超过了自己应承担份额的按份共有人有权向其他共有人追偿。如果推定为共同共有,则各共有人共同享有债权、承担债务,就不存在偿还债务超过了自己应承担份额的共有人有权向其他共有人追偿的问题。

对于按份共有人对共有财产享有的份额,我国物权法第 104 条规定,按份共有人对共有的不动产或者动产享有的份额,没有约定或者约定不明确,按照出资额确定;不能确定出资额的,视为等额享有。

第六节　用 益 物 权

一、用益物权的一般规定

用益物权就是权利人对他人所有的不动产或者动产,依法享有占有、使用和收益的权利。用益物权是权利范围受到限制的物权,并不具备物权中的处分权能。然而如果用益物权与所有权发生冲突,也就是用益物权的权利人在行使占有、使用和收益的权利时与所有权人行使上述三权利时发生了矛盾,应当由用益物权人优先占有、使用和收益,所有权人也不得行使妨碍用益物权人权利的处分权行为,也就是说所有权人只能在不妨碍用益物权人行使权利的条件下,行使自己的所有权。

案例 24:设定的有效用益物权是对该用益物权上存在的所有权的限制。

【案情简介】

远航房地产开发公司于 2006 年 5 月以 2000 万元购买了某市临近海边的 130 亩土地,打算修建一座豪华海景酒店。在该地块与海边之间有一占地 10 亩的渔家海鲜餐厅,餐厅产权人为千百味餐饮有限公司,餐厅为 3 层楼房。远航房地产开发公司在购得该土地后与千百味餐饮有限公司协商,并于 2006 年 7 月签订书面合同。合同约定千百味餐饮有限公司在 20 年之内不得拆除该餐厅或者兴建高度超过 3 层的建筑,以避免阻碍酒店的旅客从其居住的房间眺望大海。为此远航房地产开发公司每年向千百味餐饮有限公司支付 30 万元的补偿。合同签订后,双方到房地产管理部门办理了合同的登记手续。远航房地产开发公司开始修建海景酒店。渔家海鲜餐厅由于生意日益火暴,经营场所显得拥挤,千百味餐饮有限公司决定对餐厅进行改造,增加 2 层。远航房地产开发公司得知后,认为千百味餐饮有限公司的行为违反了双方的约定,侵害了自己的权利,向当地法院提起诉讼,要求千百味餐饮有限公司停止增加 2 层的改造行为。

【关键证据】

双方签订书面合同、在房地产管理部门的登记记载。

【举证指导】

远航房地产开发公司与千百味餐饮有限公司签订的书面合同设立了一种用益物权——地役权。双方订立书面合同,并进行了登记。该用益物权合同在双方之间发生了法律效力。远航房地产开发公司取得了供役地眺望海景权。此项权利是一家海景豪华酒店经营的需要。因

此在经过协商并向供役地的所有权人支付了对价获得的对供役地的约束要优先于所有权人行使自己的占有、使用、收益的权能。因此千百味餐饮有限公司增加2层的改造行为不能得到法律的支持。

此案中,远航房地产开发公司应当提供双方签订的书面合同、在房地产管理部门的登记记载以证明双方之间存在地役权合同并已经发生法律效力。

我国物权法中主要规定了土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权和地役权这四种用益物权。以下将重点介绍这四种用益物权。

二、土地承包经营权

(一)土地承包经营权概述

土地承包经营权,是指农村集体经济组织成员对集体所有或国家所有由集体经济组织长期使用的耕地、林地、草地等农业土地采用家庭承包、公开协商等方式进行承包,并依法对所承包的土地等占有、使用和收益的用益物权。土地承包经营权人依法享有对其承包经营的耕地、林地、草地等占有、使用和收益的权利,有权自主地从事林业、种植业、畜牧业等农业生产。

对于土地承包经营权,物权法设立第11章专门规定,其中第124条规定了农民集体所有和国家所有由农民集体使用的耕地、林地、草地以及其他用于农业的土地,依法实行土地承包经营制度。

土地承包经营权的主体是从事农业生产的自然人或集体。如果采取以家庭为单位承包经营的,承包经营权的主体是农村集体经济组织的农户,而不是单个家庭成员。如果采取其他主体的承包经营方式的,土地承包经营权的主体是本村集体经济组织的成员,也可以是在符合条件时的非本村集体经济组织的单位和个人。农村土地承包法第48条规定:“土地所有权人将农村土地发包给本集体经济组织以外的单位

或者个人承包,应当事先经本集体经济组织成员的村民会议三分之二以上成员或者三分之二以上村民代表的同意,并报乡(镇)人民政府批准。由本集体经济组织以外的单位或者个人承包的,应对土地承包经营权人的资信情况和经营能力进行审查后,再签订承包合同。"

土地承包经营权的标的物是土地,在建筑物上不得设立此项权利。而且标的物的范围具有特殊性,不含有城市国有土地,仅限于集体所有或国家所有由农民集体使用的以种植、畜牧等农业生产为目的的土地,包括土地、山岭、森林、草原、水面、荒地、滩涂等。

(二)土地承包经营权的取得

土地承包经营权的取得方式主要有三种,第一种是基于农村土地承包合同而取得,这是土地承包经营权取得的最主要方式。以承包合同的方式设定土地承包经营权时,土地所有人应当与承包人签订土地承包合同,确定双方的权利义务关系。承包合同中一般包括以下条款:土地所有权人和土地承包经营权人的名称;承包土地的名称、位置、面积、质量登记;承包期限和起止日期;承包土地的用途;土地所有权人和土地承包经营权人的权利和义务;违约责任。土地承包经营合同自成立时生效,政府对土地承包经营权可以进行确认的登记。关于土地承包经营权的期限,物权法第 126 条规定,耕地的承包期为 30 年。草地的承包期为 30—50 年。林地的承包期为 30—70 年;特殊林木的林地承包期,经国务院林业行政主管部门批准可以延长。而且上述承包期限届满,由土地承包经营权人按照国家有关规定继续承包。同时承包合同生效后,土地所有权人不得因承办人或者负责人的变动而变更或者解除,也不得因集体经济组织的分立或者合并而变更或者解除。

其次可以通过招标、拍卖、公开协商取得土地承包经营权。对于属于"四荒"的荒山、荒沟、荒丘、荒滩的农村土地,可以通过招标、拍卖和公开协商的方式进行承包经营。再次也可以通过土地承包经营权的流转取得土地的承包经营权。根据物权法第 128 条的规定,土地承包经

营权人依照农村土地承包法的规定，有权将土地承包经营权采取转包、互换、转让等方式流转。但是流转的期限不得超过承包期的剩余期限，未经依法批准，不得将承包地用于非农建设。

（三）土地承包经营权人的权利和义务

土地承包经营权人的权利包括：

1. 占有、使用和收益权。占有是指土地承包经营权人对土地所有权人所有的土地事实上的管理和控制，如果不能占有承包地，土地承包经营权人就无法在其上从事农业生产。使用，是指土地承包经营权人有权按照承包地的自然属性和承包合同约定的用途进行使用。在此范围内，土地所有权人不得随意干涉，也不能强制土地承包经营权人从事或不从事某种生产经营活动。收益是指土地承包经营权人有权通过种植、养殖等方式获取收益，土地承包经营权人有权自主处理产品，包括出售的数量、价格等，由土地承包经营权人和购买人自行协商确定，其他任何人包括土地所有权人都无权干涉。而且土地承包经营权人为更好地使用土地，获取更多收益，可以在承包地上修建除建筑物外的其他必要的附属设施，其所有权属于土地承包经营权人。

2. 依法流转权。土地承包经营权具有极大的价值性，可以进行流转。土地承包经营权人可以依照法律规定，遵循平等协商、自愿、有偿的原则，土地承包经营权采取法定的方式进行流转，任何组织和个人不得强迫或者阻碍土地承包经营权人进行承包经营权的流转，同时土地承包经营权的流转不得改变土地所有权的性质和土地的农业用途，流转的期限不得超过承包期的剩余期限。受让方须有农业经营能力，在同等条件下，本集体经济组织成员享有优先权。

3. 承包地被依法征用、占用有权获得相应的补偿。土地征用是国家为了公共利益的需要，通过法定程序，将农民集体所有的土地征为国有土地。土地占用主要是乡村公共设施和公益事业建设需要土地的，依照法定程序办理审判手续后土地的占用。物权法第 132 条规定，承

包地被征收的,土地承包经营权人有权依照本法第四十二条第二款的规定获得相应补偿。土地被征用、占用的补偿费用主要包括三项:土地补偿费,这部分应当属于土地所有权人所有,通常支付给被征地的集体经济组织,其中也包括对土地承包经营权人的补偿。安置补助费,通常按照一定的数额向需要被安置的农民发放。根据最高人民法院《关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》第22条的规定,承包地被依法征收,承包方请求发包方给付已经收到的地上附着物和青苗的补偿费的,应予支持。承包方已将土地承包经营权以转包、出租等方式流转给第三人的,除当事人另有约定外,青苗补偿费归实际投入人所有,地上附着物补偿费归附着物所有人所有。

案例25:未经发包方同意转包承包田的行为无效。

【案情简介】

2007年秋季,村民万欣决定来年不在家务农而是外出打工挣钱,但是万欣又不想将自己的承包地交回村里,于是找到了村里的玉米种植大户万同商量,双方签订转包合同,约定万欣将自己承包的15亩土地转包给万同进行耕作,万同每年支付万欣土地使用费每亩100元。2008年万同开始在万欣的15亩土地上种植玉米,同年6年,国家建设国道征用了万欣转包给万同的大部分土地,并给予了每亩2180元的青苗补偿款。该补偿款被万欣领取,万同认为此笔钱是补偿给自己的,找到万欣协商,没有达成协议,于是万同将万欣告到了法院。

【关键证据】

转包合同、万同耕种万欣承包土地的有关证据。

【举证指导】

本案中,万欣和万同签订的转包合同,虽然经双方协商达成,是双

方的真实意思表示,但根据最高人民法院《关于审理农业承包合同纠纷案件若干问题的规定(试行)》第14条"承包方未经发包方同意,转让承包合同,转包或者互换承包经营标的物的,人民法院应当认定该转让、转包、互换行为无效"的规定,因为二人所签订土地转包协议未经发包方同意,应属无效。

但是双方转包协议的无效并不能导致万同丧失自己受到补偿的权利,因为万同对土地投入了劳作,对于该土地上种植的玉米苗享有原始取得的所有权。国家的青苗补偿款是对土地上种植物给予的补偿,种植物归万同所有,补偿款也应当归万同所有。

土地承包经营权人的义务主要是因此项权利的特殊性——是为了农业发展而设定的权利,为此,土地承包经营权人应当维持土地的农业用途,不得私自将承包地用于非农建设,例如利用承包地建煤窑、砖窑、建坟等行为。此外土地承包经营权人在承包经营过程中,应当保持承包地的土地生态环境,不得对承包地造成永久性损害。

案例26:未按约定在承包的土地上种植作物,被判承担违约责任。

【案情简介】

2008年3月上旬,某村村委会为了发展农村经济,增加农民经济收入,提出将本村集体所有的部分土地共700余亩用于统一种植制种玉米的设想,征求在上述700余亩土地内包括吕卫红在内的所有土地承包经营权人的意见,经民主协商吕卫红等所有土地承包经营权人均表示同意将自己承包的土地用于当年种植制种玉米,由村委会统一安排播种、施肥、浇灌、去杂,进行统一管理,吕卫红等农户均在协议书上签字。同年3月22日,村委会与所属市种子站签订《玉米制种定购合同》。随后村委会统一安排播种由种子站提供的玉米种子。吕卫红承租的土地共有26亩,在700余亩土地中间,但其在播种时擅自改用了价格便宜的普通玉米种子。村委会和种子站的技术员找到吕卫红,说

明他这样做会给其他制种农户造成损失。吕卫红则提出村委会必须赔偿其经济损失,他才能犁掉普通玉米。村委会认为吕卫红的要求没有道理,予以拒绝。吕卫红因此迟迟不毁掉26亩承包土地上的玉米苗,到了2008年6月中旬,吕卫红承包土地上的玉米苗已经长高,即将抽穗。按制种玉米的要求,种植制种玉米与其他玉米之间必须有400米宽的隔离区,制种区内不能种植其他玉米。吕卫红在制种区内种植普通玉米,玉米苗如果不立即铲除,一旦玉米抽穗,必将导致其周围700余亩的制种玉米全部报废,给所有农户造成巨大的经济损失,村委会向法院提起诉讼,要求判决以及铲除吕卫红的26亩玉米苗。

【关键证据】

吕卫红与村委会签订协议、玉米制种定购合同、吕卫红种植的玉米苗造成损失的证据。

【举证指导】

吕卫红承包了26亩土地,享有在此承包地的承包经营权。作为发包人的村委会并无权干涉吕卫红在自己承包的土地种植作物的种类。然而吕卫红此后与村委会签订协议承诺由村委会统一种植制种玉米,这种约定就属于吕卫红对自己所享有的土地承包经营的一种限制。因此,吕卫红在行使其土地承包经营权时,必须履行种植制种玉米的义务。然而,因为吕卫红贪图便宜,在其所承包的土地上擅自种植了其他种的普通玉米,而且在得知他的行为会对所有种植制种玉米的村民造成损害时仍然拒不铲除,其行为已经违反了他作为土地承包经营权人应尽的义务,应当承担违约责任。

吕卫红的承包经营权要受到其与村委会签订协议的限制。

(四)土地承包经营权的消灭

土地承包经营权作为一种用益物权,既有物权消灭的一般事由,如

承包地被征收、承包地灭失等，也有一些特定的消灭事由，如土地承包经营权人的提前交回、土地所有人提前收回、承包期限届满等。

1. 承包地被征收。国家基于社会公共利益的需要而征收集体所有的土地时，在该土地上原来设立的土地承包经营权当然消灭，同时国家也应当给予土地承包经营权人充分、合理的补偿。

2. 承包地灭失或者使用价值丧失。承包地灭失虽然罕见，但也确实存在，比如土地因河流改道被冲毁，因地质变化而坍塌等。此时因为承包地灭失，承包权消灭。此外，承包土地的目的是为了在所承包的土地上进行农业作业，如果因为自然原因的变化，使得承包地农业上的使用价值丧失，土地承包经营权也随之消灭。

3. 土地承包经营权人死亡且无继承人或继承人放弃继承。如果作为权利主体的土地承包经营权人死亡且无人继承的，或者继承人放弃继承的，其所享有的土地承包经营权也失去了存在的意义，相应地也会使土地承包经营权消灭。

4. 土地承包经营权转让。如果土地承包经营权人有了稳定的非农职业或者有稳定的收入来源的，经土地所有权人同意，可以将全部或者部分土地承包经营权转让给其他从事农业生产经营的农户，由该农户同土地所有权人建立新的承包关系，而消灭原土地承包经营权人与土地所有权人的承包经营权。

5. 土地承包经营权的期限届满。土地承包经营权是一种有期限的物权，在期限届满时归于消灭。根据我国物权法规定，耕地的承包期为30年，草地的承包期为30—50年，林地的承包期为30—70年，特殊林木的林地承包期，经国务院林业行政主管部门批准可以延长。根据物权法第126条第2款的规定，承包期届满，如果土地承包经营权人不续包的，土地承包经营权归于消灭，应当将承包地交回土地所有权人。

6. 根据我国农村土地承包法的规定，土地承包经营权人在满足一定条件时可以提前交回承包经营权，土地的发包人也可在满足一定条

件时将土地承包经营权提前收回。

三、建设用地使用权

（一）建设用地使用权的一般规定

建设用地使用权，是指自然人、法人依法对国家所有的土地享有的占有、使用和收益，建造并经营建筑物、构筑物及其附属设施的地上权。建设用地使用权人依法享有对国家所有的土地占有、使用和收益的权利，有权自主利用该土地建造并经营建筑物、构筑物及其附属设施。我国物权法第135条规定："建设用地使用权人依法对国家所有的土地享有占有、使用和收益的权利，有权利用该土地建造建筑物、构筑物及其附属设施。"

建设用地使用权的主体为建设用地使用权人。根据现行土地管理法的规定，依法经批准取得建设用地使用权的单位和个人，均可以成为建设用地使用权人。

建设用地使用权的客体为国家所有的土地。也就是说建设用地使用权人为建设所使用的只能是城市国有土地，或者依据法律规定属于国家所有的农村或城市郊区的土地。

建设用地使用权人对土地的利用是以在该土地上建造建筑物、构筑物及其附属设施的方式行使。包括为居住需要，或建设公共设施，或进行房地产开发经营等。

建设用地使用权人作为该土地的用益物权人享有对国家所有的土地占有、使用、收益的排他性权利。用益物权的基本特点是对他人所有物的利用及获取收益，并排除他人干涉的权利。对土地的占有、使用和收益是用益物权人享有的基本权利。这些权利具有排他性，不仅排除社会不特定人的干涉，也排除所有权人的干涉。

（二）建设用地使用权的范围

我国物权法第136条规定："建设用地使用权可以在土地的地表、

地上或者地下分别设立。新设立的建设用地使用权，不得损害已设立的用益物权。”在过去由于受到实际利用能力的限制，人们对土地的利用仅限于地表及与地表相连，并为使用该地表所必须的土地的上下一定范围内。然而随着现代科学技术的发展，适度向空中和地下拓展土地的利用空间成为可能，而且，随着城市土地资源的紧张，社会对充分利用有限的城市土地资源的要求日益迫切，所以要求法律对土地的纵向空间中的发展加以规范和保护。我国法律对建设用地使用权范围的规定是土地所有权人为建设用地使用权人设立的权利。建设用地使用权可以在土地的地表、地上及地下分别设立。在同一块土地上，可能基于不同的权利范围，分别设立多个建设用地使用权。而这些建设用地使用权只是权利所指向的标的物范围不同，权利属性是一致的，其权利的取得方式、使用期限、权利变动等所遵循的基本原则应属一致；无论是对地表、地上、地下空间的利用，都应以建设建筑物、构筑物及其附属设施为土地用途。

在建设用地使用权的适用中如果发生权利冲突，则以权利设立的先后为法律保护的原则。如何确定新设立的建设用地使用权是否损害已设立的用益物权。首先，在建设用地使用权设立时，在土地的地表、地上或者地下已经存在以合法方式设立的用益物权。其次，无论新设立的建设用地使用权是在已经设立的用益物权权利范围内设立，还是在已经设立的用益物权的权利范围外设立，都不得给已设立的用益物权造成损害。所谓给已设立的用益物权造成损害，不仅包括直接造成地上物的损害，还包括新设立的用益物权影响到已设立的用益物权权利的行使而给权利人造成损害。例如，如果土地所有权人将以地表为权利范围与他人设立了建设用地使用权，用于建设楼房，而后又将地表之下一定范围的空间与他人另行设立建设用地使用权，用以修建停车场。如果该停车场的修建势必对地表建筑物造成损害，则后设立的建设用地使用权不能获得保护。

（三）建设用地使用权的设立方式

建设用地使用权的设立方式主要有两种，即建设用地使用权的出让和划拨。我国物权法第137条规定："设立建设用地使用权，可以采取出让或者划拨等方式。工业、商业、旅游、娱乐和商品住宅等经营性用地以及同一土地有两个以上意向用地者的，应当采取招标、拍卖等公开竞价的方式出让。严格限制以划拨方式设立建设用地使用权。采取划拨方式的，应当遵守法律、行政法规关于土地用途的规定。"

通过出让设立建设用地使用权，是国家以土地所有人的身份，将建设用地使用权在一定年限内出让给土地使用者，由土地使用者向国家支付建设用地使用权出让费的行为。使用此种方式设立建设用地使用权的，按照物权法第137条第2款的规定，工业、商业、旅游和商品住宅等经营性用地以及同一土地有两个以上意向用地者的，应当采取招标、拍卖等公开竞价方式出让。建设用地使用权的出让是建设用地使用权的原始取得方式之一。国家作为出让方，有权收取建设用地使用权的出让费，相应的义务是在一定年限内将作为建设用地使用权客体的国有土地，出让给建设用地使用权人使用。土地使用者在出让行为中，主要义务是支付建设用地使用权出让费，主要权利是请求国家交付国有土地由其使用。

采取出让方式设立建设用地使用权的，应当由代表国家的各级人民政府的土地管理部门与土地使用者签订书面形式的建设用地使用权出让合同。合同中应当包括：当事人的名称和住所；土地的位置、面积等；建筑物、构筑物及其附属设施占用的空间；土地用途；使用期限；出让金费用及其支付方式；解决争议的办法。

除了出让以外，建设用地使用权的划拨也是建设用地使用权原始取得方式之一。建设用地使用权划拨是经县级以上人民政府依法批准，在土地使用者缴纳补偿、安置等费用后，将国有土地交付其使用，或者将建设用地使用权无偿交付给土地使用者使用的行为。按照物权法

第137条第3款的规定，严格限制以划拨方式设立建设用地使用权。采取划拨方式的，应当遵守法律、行政法规关于土地用途的规定。由于划拨设立建设用地使用权是无偿的，取得建设用地使用权的一方有可能无须支付对价即取得该用益物权。因此通过划拨方式设立建设用地使用权必须是为了公共利益或者公益目的。

（四）建设用地使用人的权利义务

建设用地使用权人对作为权利客体的土地，享有占有、使用、收益的权利，有权自主利用该土地建造并经营建筑物、构筑物及其附属设施。如果是通过出让方式取得建设用地使用权，土地使用者有权以开发利用、生产经营为目的使用国有土地，也可以按照物权法第143条、第144条、第145条的规定，权利人还可以依法转让、互换、出资、赠与或抵押，但如果法律另有规定的除外。如果将建设用地使用权转让、互换、出资、赠与或者抵押的，当事人应当采取书面形式订立相应的合同，并向登记机构申请变更登记。双方当事人之间可以在不超过建设用地使用权的剩余期限内约定使用期限。

建设用地使用权人在行使对土地的使用权时，也负有相对应的义务：如果是以出让方式取得建设用地使用权的，土地使用权人应当依照法律规定以及合同约定支付土地出让金；建设用地使用权人依法取得建设用地使用权后，应当按照建设用地使用权设立时所登记的用途使用土地，不得改变土地用途，例如不得将修建学校用地改为商业住宅用地；建设用地使用权人负有保护土地完好，不受他人侵害，并且按照土地的自然属性和法律属性合理使用土地的义务，不得损害土地的使用价值。

（五）建设用地使用权的变动

建设用地使用权人将建设用地使用权转让、互换、出资、赠与或者抵押，建设用地使用权的期限届满，建设用地使用权消灭，这些都是建设用地使用权的变动问题。

根据物权法第 143 条，建设用地使用权人有权将建设用地使用权转让、互换、出资、赠与或者抵押，但法律另有规定的除外。建设用地使用权进行转让时，要求该被转让的建设用地使用权必须是通过出让的方式取得，如果是以划拨方式取得的建设用地使用权，建设用地使用权人只有在办理了出让手续并缴纳了出让金后，才可以转让。建设用地使用权转让、互换、出资、赠与或者抵押的，当事人应当订立书面形式的合同，双方当事人可以在原建设用地使用权的剩余期限内，自由协商确定使用期限。除了订立书面合同，还要求应当向登记机构申请变更登记。此外需要注意的是，城市房地产管理法第 31 条规定："房地产转让、抵押时，房屋所有权和该房屋占用范围内的土地使用权同时转让、抵押。"《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第 23 条规定："土地使用权转让时，其地上建筑物、其他附着物所有权随之转让。"就是说建设用地使用权和该地上的建筑物、构筑物及其附属设施的转让或者抵押是捆绑在一起的，也就是说它们必须一并处分、转让或者抵押，不能只是单独地转让、抵押建设用地使用权。

如果将建设用地使用权抵押还要注意两个特殊问题：第一是即便在建设用地使用权上设定抵押后，抵押人仍可以转让建设用地使用权，但是需通知抵押权人并将转让物已经抵押的情况告知受让人，否则转让的行为无效。第二是在建设用地使用权设定抵押后，如果在建设用地使用权之上已经设定了房屋租赁关系，则抵押权不得影响原租赁关系，如果是在建设用地使用权抵押后，抵押人在该土地设定了用益物权，那么新设定的用益物权不得影响已经设定的抵押权的实现。

案例 27：将办公楼、厂房及其土地使用权分别抵押的行为的效力。

【案情简介】

顺强粮油食品有限公司因扩大再生产扩建厂房，需要贷款。2000 年 6 月，顺强粮油食品有限公司与当地的商业银行签订借款抵押担保

合同。合同约定，由商业银行贷给顺强粮油食品有限公司人民币150万元，借款期限10个月，借款利率为月息7厘。在合同中明确约定由顺强粮油食品有限公司的办公楼和厂房作为抵押担保，办公楼和厂房经房地产价格评估事务所评估价格为170万元。7月初，顺强粮油食品有限公司和商业银行一起到房地产管理部门办理了房产抵押登记手续。厂房扩建后，生产能力大幅上升，此时顺强粮油食品有限公司又缺乏流动资金，顺强粮油食品有限公司又与该市农业银行协商贷款，双方于2000年12月签订了借款抵押担保合同。合同约定，由农业银行向顺强粮油食品有限公司提供贷款80万元，月息6.5厘，期限为7个月，在抵押担保条款中约定顺强粮油食品有限公司以办公楼、厂房占用的土地使用权作为抵押。经房地产价格评估事务所评估价格为90万元。当日农业银行和顺强粮油食品有限公司到土地管理部门办理了土地使用权抵押登记手续。借款到期后，顺强粮油食品有限公司无力支付，商业银行向当地法院提起诉讼，农业银行得知后，以有独立请求权的第三人的身份申请参加诉讼。

【关键证据】

借款抵押担保合同、抵押登记手续。

【举证指导】

因为建设用地使用权和该地上的建筑物、构筑物及其附属设施的转让或者抵押是捆绑在一起的，也就是说它们必须一并处分、转让或者抵押，不能只是单独地转让、抵押建设用地使用权。所以顺强粮油食品有限公司的办公楼、厂房占用范围内的土地使用权一并抵押给了商业银行，因为厂房、办公楼评估价为170万元，顺强粮油食品有限公司以厂房、办公楼抵押给商业银行，并贷款150万元。土地使用权评估价为90万元，以土地使用权抵押给农业银行，贷款80万元，均未超过抵押物

的价值,应为再抵押(具体内容参见担保物权部分内容)。顺强粮油食品有限公司将厂房、办公楼抵押给商业银行,将厂房、办公楼所占用的土地使用权抵押给农业银行,并且都办理了抵押登记,所以抵押合同均是有效的。商业银行对抵押物厂房、办公楼连同厂房和办公楼所占用的土地使用权一并享有优先受偿权,农业银行位于商业银行顺序之后享有优先受偿权。

建设用地使用权期限届满前,如果因公共利益需要提前收回该土地的,应当对该土地上的房屋及其他不动产给予补偿,并退还相应的出让金。如果遇到此种情况建设用地的使用权就归于消灭。

建设用地使用权的期限届满时,建设用地使用权可以通过续期的方式,使建设用地使用权人得以按原权利设立的内容继续使用土地。根据建设用地使用权人建造的是以居住为使用目的的住宅用房,还是非以居住为使用目的的非住宅房屋或构筑物等,建设用地使用权续期分为两种不同的情形:住宅用地的建设用地使用权人无须进行续期申请,在建设用地使用权期限届满时,自动续期。但是如果建设用地使用权人到期明确表示放弃该权利,法律应不对其处分权利的行为进行干预。对非住宅建设用地的续期,根据现行城市房地产管理法第 21 条的规定,应当遵循以下原则:一是在建设用地使用期限届满前 1 年提出申请;二是应当报请原出让建设用地使用权的有关政府土地管理部门或有批准权的相关人民政府土地管理部门批准,如果未经批准,建设用地使用权人在期限届满时将无权继续使用土地;三是非因公共利益需要,续期申请应获批准。对于建设用地使用权消灭的,出让人应当立即办理注销登记。登记机构应当收回建设用地使用权证书。

四、宅基地使用权

(一)宅基地使用权概述

我国物权法对宅基地使用权虽然只用了四个法律条文进行描述,

但也设立了专门的章节进行规范。宅基地使用权的核心就是保护农村居民在集体所有土地上的居住权。宅基地使用权主要有三个特点:

第一,宅基地的所有权归集体。在我国,土地分别属于国家和集体所有,而用于建造房屋的土地,也因所有权的不同而分为建设用地和宅基地,建设用地属于国家所有,宅基地属于集体所有。我国宪法第10条规定:“城市的土地属于国家所有。农村和城市郊区的土地,除由法律规定属于国家所有的以外,属于集体所有;宅基地和自留地、自留山,也属于集体所有。”

第二,宅基地使用权的主体是特定的农村居民。农村土地是农村集体经济组织所有,但是因为国家法律不允许农村集体经济组织任意改变土地用途,所以宅基地的数量不是无限的。宅基地与农民的生存密切相关,所以我国法律规定,特定的宅基地仅限于本集体经济组织特定的成员享有使用权,农村集体经济组织以外的人员不能申请并取得宅基地使用权。

第三,宅基地使用权具有有限性。宅基地归农民集体所有,因此宅基地使用权人对宅基地仅有占有和使用的权利,原则上只能由宅基地使用权人利用宅基地建造住宅及附属设施供其居住使用,不能将宅基地使用权出卖或转让。任何组织或者个人也不得侵占、买卖或者以其他形式非法转让宅基地使用权。例如我国担保法第37条规定了宅基地的使用权不得抵押。

正是基于宅基地使用权的特点,根据物权法和土地管理法的规定,宅基地使用权的主体只能是农村村民。虽然现实中有城镇居民购买农村住房的情况,但是由于国家法律和有关政策对宅基地使用权主体的限制,城镇购买者不能取得宅基地使用权,这种购房行为是无效的。

案例 28：城镇购买者购买宅基地使用权及宅基地上房屋的行为无效。

【案情简介】

某市远郊区的三间房村又被称为画家村，有很多画家在这里购买了村民的房屋居住、作画。村委会认为画家在村内购房居住，提高了村子的名气，促进了村子的发展，所以还向购房的画家发放了村委会制作的房屋产权证和土地使用权证。画家张名敏和村民王三宝签订了购房合同，约定张名敏出资 20 万元购买王三宝在村内的房屋 3 间以及该 3 间房屋占用王三宝的宅基地共 280 平方米。张名敏购买房屋和宅基地后，村委会向张名敏发放了房屋所有权证和土地使用权证。张名敏将房屋进行了翻建和装修，并在此正式居住。三间房村由于购房居住的画家越来越多，名气传扬在外，村内房屋购买和出租的价格也直线上升。王三宝觉得自己卖给张名敏的房屋价格过于便宜，就找到了张名敏，要求张名敏再行支付购房款 20 万元。张名敏认为自己已经购买了房屋，支付了价款，取得了房屋的所有权和土地使用权，不同意另行向王三宝支付价款。双方协商不成，王三宝将张名敏告上了法院。

【关键证据】

购房合同、翻建和装修房屋的费用票据。

【举证指导】

根据我国法律，宅基地使用权仅限于本集体经济组织特定的成员享有使用权，农村集体经济组织以外的人员不能申请并取得宅基地使用权。而村民取得的宅基地使用权也只能由宅基地使用权人利用宅基地建造住宅及附属设施供其居住使用，而不能将宅基地使用权出卖或转让。王三宝将宅基地使用权及地上房屋所有权出售给集体经济组织

以外的人员的行为,违反了国家的法律法规,这一行为是无效的,虽然村委会向张名敏颁发了土地使用权证和房屋所有权证,但是村委会的行为同样违反了国家的上述规定,也是无效的。所以法院确认王三宝与张名敏签订的购房合同无效。王三宝应当返还购房款,张名敏应当返还宅基地及附属房屋。购房合同的无效,双方对此都负有责任。张名敏装修和翻建房屋的支付可以要求王三宝承担部分的赔偿责任。

(二)宅基地使用权的取得、行使、转让和消灭

我国物权法对宅基地使用权的取得、行使和转让并没有作出具体的规定,只是说适用土地管理法等法律和国家有关规定。这主要是因为我国地区之间差异较大,而宅基地使用权的问题又关系到每一个农村村民的切身利益。所以长期以来宅基地问题多由国家政策调整。现阶段我国地少人多,应当实行最严格的土地管理制度,目前,我国农村社会保障体系尚未全面建立。农民一户只有一处宅基地,相应地一般也只有一套住房,这一点与城市居民可以自由购买商品房不同。而且农民一旦失去住房及其宅基地,将会丧失基本生存条件,也必然影响社会稳定。为了维护现行法律和现阶段国家有关土地政策,并为今后修改有关法律和调整有关政策留有余地,物权法才作出了上述原则性的规定。

宅基地使用权的取得方式。实践中,村民取得宅基地的方式有土地改革分配房屋、继承房屋遗产、合法审批建房、购买房屋以及获取赠与房产等形式。我国土地管理法对此进行了规范,该法第 62 条规定:“农村村民一户只能拥有一处宅基地,其宅基地的面积不得超过省、自治区、直辖市规定的标准。农村村民建住宅,应当符合乡(镇)土地利用的总体规划,并尽量使用原有的宅基地和村内空闲地。农村村民住宅用地,经乡(镇)人民政府审核,由县级人民政府批准;其中,涉及占用农用地的,依照本法第四十四条的规定办理审批手续。农村村民出卖、出租住房后,再申请宅基地的,不予批准。”

农村村民主要应当通过申请并获得批准的形式取得宅基地使用权，申请宅基地使用权一般应当具备以下几个条件：第一步应当具有取得宅基地的村民资格。只有符合下列条件之一的才可向所在村民委员会或农村集体经济组织申请划批宅基地：无宅基地、家庭人口众多确需分户居住的、因国家或乡（镇）建设需要另行安排宅基地的或者在农村落户需建住宅而无宅基地的。第二步要向所在的村民委员会提出申请并经乡（镇）人民政府审核，由县级人民政府批准。作为宅基地的土地，要符合乡（镇）土地利用的总体规划，尽量利用原有的宅基地和村内空闲地。如果只能占用农用地作宅基地的，还要报省级人民政府批准。第三步是申请宅基地应当以户为基本单位，根据家庭成员人数确定宅基地面积。具体的宅基地分配标准和面积，国家并无统一规定，而是由各省、自治区、直辖市根据当地土地、人口和经济状况等，自行作出具体规定。各级政府批准使用宅基地，应当严格按照当地制定的分配标准执行。最后房屋建好后，应当进行现场测量审核，并由县级土地管理部门和房屋管理部门审核后发给集体土地使用证和房屋所有权证。

宅基地使用权的行使。根据物权法和土地管理法等法律规定，宅基地使用权只能由宅基地使用权人行使，任何组织和个人不得侵占、损毁宅基地，因而宅基地使用权具有排他性。农户在其依法占有、使用的宅基地上可以建造房屋和各种生活生产设施，也可以种植花草，如有多余房屋还可以用于合法经营。宅基地使用权人所占有的宅基地被国家依法征用后，可以获取补偿。而且宅基地使用权并没有期限的限制，只要宅基地使用权人活着，就始终享有依法取得的宅基地使用权。

宅基地使用权的转让。宅基地使用权人在对宅基地行使收益和处分权利的时候，受到了严格的限制。在我国现阶段，城镇居民购买农村住房和宅基地的，法人或其他组织购买农村住房和宅基地的，擅自转让农村住房和宅基地，未征得本集体经济组织同意的，向本集体经济组织以外的农村村民转让农村住房和宅基地的，均属无效。如果要转让宅

基地使用权,必须同时具备以下条件:转让人拥有两处以上的宅基地;转让人与受让人为同一集体经济组织内部的成员;转让行为征得本集体经济组织同意。宅基地使用权不得单独转让,必须与合法建造的住房一并转让。

宅基地使用权的消灭。我国物权法第154条规定,宅基地因自然灾害等原因灭失的,宅基地使用权消灭。对失去宅基地的村民,应当重新分配宅基地。因为宅基地使用权是依附于宅基地之上的,当出现地震、洪水、泥石流等自然灾害,造成宅基地灭失的,宅基地使用权自然消灭。对于因为上述自然原因,宅基地使用权消灭的村民,农村的集体经济组织应当重新为其分配宅基地。

无论是宅基地使用权转让或者消灭按照物权法的规定,都应当及时办理变更登记或者注销登记。对于宅基地使用权的登记应当由批准宅基地使用权所在地的县级人民政府负责。

五、地役权

(一)地役权概述

地役权,是指土地的权利人(包括土地所有人、土地使用权人),为了自己使用土地的方便或提高土地的利用价值,通过约定而得以利用他人土地的一种定限物权。地役权涉及两块土地,这两块土地分属于两个所有权人或者使用权人,其中一块土地向另一块土地提供服务。地役权具有以下的法律特征:首先地役权是对他人所有或使用的土地加以利用的用益物权。其次地役权的客体是土地,其权利主体既可以是土地所有权人,也可以是土地的使用权人。我国土地的所有权人为国家和集体。而使用人包括建设用地使用权人、土地承包经营权人、宅基地使用权人等。这些人都可以成为地役权的权利主体。最后地役权是权利人为了对自己所有或使用的土地上的便利而设定的用益物权。

（二）地役权的取得

地役权取得的最主要的方式是通过双方当事人之间的约定，当事人可以通过签订书面的地役权合同来获得地役权。地役权合同一般包括下列条款：（1）当事人的姓名或者名称和住所；（2）供役地和需役地的位置；（3）利用目的和方法；（4）利用期限；（5）费用及其支付方法；（6）解决争议的方法。双方当事人在地役权合同中可以约定地役权合同生效的时间，地役权自双方签订的地役合同生效时设立。当事人就合同生效的时间一般可以选择三种方式进行约定。第一是合同成立之时就是合同生效的时间，双方约定合同一经签订，地役权合同即开始生效。第二是当事人可以约定合同生效的条件，当约定的条件具备时合同生效，地役权也就设立了。第三是当事人约定一定的期限，该期限到来合同生效，地役权设立。当事人可以自愿选择是否向登记机构申请地役权的登记，当事人未经登记并不影响地役权的成立。但是未经登记不能对抗善意第三人。

案例 29：未经登记设定的地役权不能对抗第三人。

【案情简介】

路远房地产开发公司从他人手中购得位于市中心景观花园附近一块土地，考虑到这块地优越的地理位置，公司决定以此为卖点建设高级住宅公寓。这块土地前面是该市的光明小学，路远房地产开发公司为了保证住宅公寓的景观效果，与光明小学达成协议，内容如下：光明小学在 20 年内不得在该处兴建高层建筑，路远房地产开发公司每年向光明小学支付 15 万元作为补偿。1 年后光明小学迁址，将学校所有的房屋全部转让给世纪房地产开发公司，但是并未向该公司提及自己与路远房地产开发公司之间的协议约定。世纪房地产开发公司购得该房屋后也开始着手建设高层住宅。路远房地产开发公司得知这一情况后要求世纪房地产公司立即停止兴建。双方协商未果，路远房地产开发公

司将世纪房地产公司告上了法庭。

【关键证据】

路远房地产开发公司与光明小学达成的协议。

【举证指导】

路远房地产开发公司与光明小学双方达成的协议属于地役权协议,是合法有效的。物权法第159条规定:"地役权自地役权合同生效时设立。当事人要求登记的,可以向登记机关申请地役权登记;未经登记,不得对抗善意第三人。"路远房地产开发公司的地役权自双方地役权合同生效时已经成立。但是双方均未向登记机关提出申请地役权登记,依照上述法律规定,这一地役权不能产生对抗第三人的效力,在本案中,路远房地产开发公司的地役权无法对抗世纪房地产公司。因此原告路远房地产开发公司无权要求世纪房地产公司停止兴建高层住宅或者赔偿损失。而只能要求光明小学基于双方的地役权合同承担合同法上的违约责任。

除了通过双方签订地役权合同取得地役权外,地役权还可以通过某种法定事由的发生而取得。我国物权法第162条规定:"土地所有权人享有地役权或者负担地役权的,设立土地承包经营权、宅基地使用权时,该土地承包经营权人、宅基地使用权人继续享有或者负担已设立的地役权。"本条规定了因为土地承包经营权和宅基地使用权这两种用益物权的设定而取得地役权的法定事由。土地所有权人享有或者负担地役权的,设立土地承包经营权、宅基地使用权时,该土地承包经营权人、宅基地使用权人继续享有和负担已设立的地役权。例如在集体所有的土地上已经存在供整块土地使用的道路交通设施、排水灌溉设施等,如果就该土地的一部分设立土地承包经营权、宅基地使用权,而土地承包经营权人、宅基地使用权人又有继续使用现存设施的必要时,则土地承

包经营权人、宅基地使用权人当然取得使用这些设施的地役权。

受让需役地及其用益物权时，同时也可获得地役权。物权法第 166 条规定："需役地以及需役地上的土地承包经营权、建设用地使用权部分转让时，转让部分涉及地役权的，受让人同时享有地役权。"在地役权存续期间，需役地的所有权或者使用权分割归属于不同主体的，地役权仍然存续于原先的需役地上，各个新的需役地所有人或者使用人有权继续行使该地役权，除非此时地役权仅与分割后的某部分需役地有关。例如，甲地的使用人为了灌溉而在相邻的乙地上设定了地役权，此后因为发生继承，甲地被分割为丙地和丁地，那么丙地和丁地的使用权人原则上都对乙地享有地役权，但是如果该地役权的设立仅仅是为了灌溉甲地中的一小部分，而该部分后来因为继承归属到丙地中，那么仅仅是丙地的使用权人享有对乙地的地役权，而丁地使用权人就不再享有对乙地的地役权了。

（三）地役权的内容

地役权的内容主要指的是在地役权设定以后，地役权人的权利义务和供役地人的权利义务。

1. 地役权人的权利义务

地役权人的权利主要体现在其有权按照合同约定的利用目的和方法利用供役地。因为地役权是存在于他人土地上的物权，是在他人土地上设立的负担。所以地役权人行使权利，必然会使供役地权利人的物权受到一定程度的限制，因此物权法第 160 条明确规定地役权人的义务："地役权人应当按照合同约定的利用目的和方法利用供役地，尽量减少对供役地权利人物权的限制。"

地役权人的义务主要包括：(1)按照合同约定的目的和方法利用供役地，不得超过或者变更当事人约定的范围和使用程度。例如通行地役权取得需役地的权利人可以从供役地上通过进入需役地，从供役地上通过是设定该地役权的主要目的，所以地役权人只能从供役地上通

行，地役权人无权从供役地上取水、排水或者从事其他行为。再比如，双方在地役权合同中约定，地役权人只能从供役地的特定部分通行，但不能铺设专门供机动车行驶的道路，地役权人就应当依照合同约定不得在供役地上铺设道路。(2)地役权人在供役地上为必要的附属行为或者设置附属设施，应当采取适当的方法，尽量减少对供役地权利人造成的损失。如果设置附属设施的，在地役权消灭时，地役权人应当拆除所有设置的附属设施，恢复供役地的原状。(3)支付费用的义务。当事人可以在地役权合同中选择设定地役权采取有偿或者无偿的方式。如果双方当事人设定的地役权合同为有偿时，地役权人负有按照合同约定支付费用的义务。(4)维护附属设施的义务。地役权人对于其在供役地设置的附属设施有维修保养的义务，如果地役权人未尽保养维护义务致使供役地权利人遭受财产损失或者人身伤害的，地役权人应当承担损害赔偿责任。(5)在不影响地役权人使用的前提下，地役权人有允许供役地权利人使用附属设施的义务。此种情况下供役地所有人或者使用权人应当根据其使用地役权人附属设施的收益，相应地承担附属设施的维修保养费用。

2. 供役地权利人的主要权利和义务

供役地权利人的主要权利体现在如果供役地权利人和地役权人约定的是有偿行使地役权的，供役地权利人可以按照合同约定向地役权人按期收取租金，如果地役权人不按期支付租金，则应承担违约责任。地役权人在约定的付款期限届满后在合理期限内经两次催告未支付费用，供役地权利人有权解除地役权合同。

供役地权利人的主要义务体现在其对供役地的所有权或者使用权因为地役权的设定而受到限制时，供役地权利人负有容忍和不作为的义务。供役地权利人的容忍义务主要体现在允许地役权人利用其土地，包括根据合同约定的使用方法、目的、范围等保证地役权人对供役地的使用权；允许地役权人为实现地役权设立的目的在供役地为必要

的附属行为，设置附属设施。供役地权利人的不作为义务主要体现在不得妨害地役权人行使权利。

（四）地役权的消灭

我国物权法第168条规定了地役权人有违反法律规定或者合同约定，滥用地役权或者有偿利用供役地，约定的付款期限届满后在合理期限内经两次催告未支付费用的情形时，供役地人有权解除地役权合同，地役权消灭。本条中规定了供役地权利人可以解除地役权合同的两种情形。第一种情形，违反法律规定或者合同约定，滥用地役权主要包括两种情况：（1）地役权人不按土地用途使用土地，并且导致了土地的永久损害。（2）地役权人不按土地的约定用途使用土地，经供役地权利人多次警告而不改正。第二种情形，有偿利用供役地，约定的付款期限届满后在合理期限内经两次催告未支付费用。在因地役权人违反费用交付义务而解除地役权合同，消灭地役权时，应具备如下条件：（1）约定的付款期限已经届满；（2）供役地权利人必须在合理的期限内已经进行了费用交付的两次催告；（3）必须是地役权人没有可减免费用的合理理由。

当事人也可以在地役权合同中约定消灭地役权、解除地役权合同的具体事由，在双方约定的事由出现时，地役权合同被解除，地役权也随之消灭。

地役权的期限由双方当事人约定，如果是在用益物权上设定地役权，其期限应当不超过该用益物权的期限，即使是在所有权上设定的地役权，也不得为永久期限的约定，如果地役权的期限届满，地役权人与供役地权利人就续期无法达成协议时，该地役权归于消灭。

因为设立地役权的目的在于利用他人土地方便自己使用土地或提高土地的利用价值。所以如果供役地的自然条件发生变化而不能实现设立地役权的目的，此时地役权已无存续的必要，地役权消灭。如果供役地人不同意消灭地役权的，地役权人可以申请法院判决消灭。最常

见的就是为了引水而在他人土地上设立地役权后,水源因为河流改道而枯竭,因引水而设立的地役权失去了存在的意义。双方均可向法院申请裁判该地役权消灭。

地役权让与他人后,出让人一方的地役权消灭,受让人取得地役权。这种情况主要存在于设置了地役权的土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权等依法转让的,则地役权随之一并转让,也包括需役地以及需役地上的土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权部分转让时,转让部分涉及地役权的,受让人同时享有地役权,此时该部分的原地役权人相应的地役权消灭。如国家因公共利益的需要而征收需役地或者供役地,致使地役权成为不必要或者客观上不能行使时,也可导致地役权消灭。

地役权消灭后,如果地役权已经登记的,应当及时办理注销登记。如果地役权人占有供役地人土地的,应当将土地恢复原状,交还供役地人。如果在供役地上设置的附属物,供役地人有继续使用必要的,供役地人可以要求转移附属物的归属,但是应当给予地役权人适当的补偿。

第七节 担保物权概论

一、担保物权的特征

担保物权具有从属性、物上代位性、不可分性三个特征,下面将着重举例介绍从属性和物上代位性这两项与日常较为密切的特征。

(一)从属性

我国物权法第172条第1款规定:“担保合同是主债权债务合同的

从合同。主债权债务合同无效，担保合同无效，但法律另有规定的除外。”

担保物权是通过赋予担保物权人支配担保物的交换价值，以实现优先于其他一般债权人受偿的物权，从而实现其担保债权清偿的制度功能。该功能决定了担保物权系从属于特定的主债权，是以存在特定债权为前提的；决定了担保合同是从合同，主债权合同是担保合同存在和发生的前提和依据。因此，主债权合同无效的，主债权债务关系归于消灭，则担保合同失去存在的基础，亦归于无效。此为一般原则。但法律另有规定的不在此限。例如，在最高额抵押权的情形，债权确定前，主债权发生无效的，并不影响已经有效成立的抵押权的存续，只是在债权确定时，该无效主债权不得纳入抵押权担保范围。再如，当事人在担保合同中事先约定，担保人的担保责任基于主债权合同无效后的损害赔偿等事项，则主债权合同无效，但是担保合同并不当然无效。

案例30：借款合同无效导致担保合同无效。

【案情简介】

某科技发展有限公司紧跟时代潮流，大举“环保”之旗，以编造的“研发最先进的白色塑料处理技术”为名，骗取了某国有商业银行的巨额贷款。但是，仅抵押本公司的不动产满足不了银行的要求，就承诺优先购买某化学工程有限公司产品，让某化学工程有限公司作为担保人，把其厂房也押了进来。

贷款到手后，某科技发展有限公司以其大部分还债款，其余挥霍将尽。后经银行报案，公安迅速侦破，最终追究了某科技发展有限公司董事长及有关人员的贷款诈骗罪。在附带民事诉讼中，判决“借款合同无效，要求某科技发展有限公司返还贷款”。后来，银行知道它的抵押财产不足以还贷款，又提起诉讼，起诉某化学工程有限公司，要求其偿还未受清偿部分。法院判决“不予支持”。

【关键证据】

法院言明"借款合同无效"的先期判决,某化学工程有限公司同某国有商业银行签订的担保合同,某科技发展有限公司同某国有商业银行签订的借贷合同。

【举证指导】

根据合同法第52条第1款第(1)项"一方以欺诈、胁迫的手段订立合同,损害国家利益","合同无效"的规定,某科技发展有限公司与某国有商业银行订立的合同是无效的。法院对此作出确定裁判后,某科技发展有限公司与某国有商业银行订立的合同的效力成为确定裁判预决的事实。根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第75条第1款第(4)项和最高人民法院《证据规定》第9条的规定,"已为人民法院发生法律效力的裁判所确认的事实","当事人无须证明"。基于确定裁判的预决效力,实际诉讼中,某化学工程有限公司可以某科技发展有限公司与某国有商业银行无效的判决作为证据进行抗辩,其应提供判决书或副本予以证明,法院有权对自己已了解的预决事实进行司法认知。判决书或副本提出后,法院就不必再对该事实进行调查,主张该事实存在的某化学工程有限公司便免去了举证责任。

需要说明的是,本案中的法院先期判决是既判力事项。人民法院是作出判决的权威机构,应当对与案件事实有关的既判事项承担调查责任。只不过审判方式的改革,使人民法院调查取证的职能受到越来越多的限制。这种情况在司法实务中,如果当事人知道先期判决的案卷号,由当事人前往人民法院的档案室或其他案卷保管部门自行调取。如果不知道先期判决的案卷号,而先期判决又具有证明作用,一般是由当事人提出调取证据的书面申请,由人民法院依照法定的程序和方法,

调取证据材料。但无论是何种方式调取的证据，仍应当作为当事人提供的证据。

（二）物上代位性

我国物权法第 174 条规定："担保期间，担保财产毁损、灭失或者被征收等，担保物权人可以就获得的保险金、赔偿金或者补偿金等优先受偿。被担保债权的履行期未届满的，也可以提存该保险金、赔偿金或者补偿金等。"

为了避免担保物权人因担保物的毁损或者灭失而导致其担保利益降低或者丧失，担保物权系以担保物的交换价值来担保债权的清偿，因此，发生担保物毁损、灭失或者被征收的情形，只是担保物换成赔偿金或者补偿金等价值形式，并不影响担保物权的功能实现。此时若不允许担保物权的效力及于上述赔偿金或者补偿金，而认为担保物权因担保物灭失而消灭，由担保人持有上述赔偿利益，则显然不利于对担保物权人的利益保护。

案例 31：征收补偿金可以清偿债权。

【案情简介】

2007 年 3 月 6 日，北京市某村汽车修理厂为进行设备更新，以全厂的厂房及其所占范围的建设用地使用权作抵押，向某银行贷款，约定两年为期。谁知刚过了半年多，就有了大变化。原来，此汽车修理厂的厂址正好在某奥运场馆周边地区，北京市政府为迎接奥运，准备扩宽道路，加大绿化，就征收了此汽车修理厂的厂址范围的建设用地。某银行深感不安，诉至法院，要求北京市某村汽车修理厂提前清偿债务和利息。

【关键证据】

北京市某村汽车修理厂同银行的贷款合同，北京市政府有关征收

的政府令及有关办法、条例等。

【举证指导】

本案例中,出于公共利益的需要,政府按照法律规定的权限和程序对某村汽车修理厂收归国有。此征收行为发生后,尽管建设用地的事实形态仍然存续,但是某银行作为担保物权人已失去对担保物即建设用地的处分和支配权,故而此建设用地不得再作为担保物权的标的。某银行诉讼时提供的北京市某村汽车修理厂同银行的贷款合同是权利义务存在的事实依据,也是证明银行本身可以作为适格的当事人主张权利的依据;而提供的政府征收令及有关办法、条例等一是用来证明担保物的灭失不是由于担保人或担保物权人的过失引起的,从而引导法院进行责任的分配;二是用来证明有补偿金的存在,即证明有物上代位的可能性。毕竟,补偿金的存在是实行物上代位的物质基础。某银行基于担保物权人的身份,既可以要求提前清偿债权,又可以要求提存征收补偿金,以防止该部分补偿金与担保人的其他财产相混同,从而损坏担保物权人的担保利益。

(三)不可分性

担保物权的不可分性,是指担保物权人在其债权未完全受偿之前,可就担保物的全部行使其权利,担保物的价值变化并不影响担保物权的整体性。我国物权法中对担保物权的不可分性仅在部分规定上有所体现而未作出完整的规定,但在解释上应认为担保物权具有不可分性。①

二、反担保

我国物权法第171条规定:"第三人为债务人向债权人提供担保

① 梅夏英、高圣平:《物权法教程》,中国人民大学出版社2007年版,第319页。

的,可以要求债务人提供反担保。反担保适用本法和其他法律的规定。”

反担保是相对于本担保而言并在既存本担保关系的基础上设定的。本担保必须是债务人之外的第三人提供的,才会产生反担保的问题,债务人自己向债权人提供的担保则不在其列。反担保制度除了具有促进资金融通和商品流通、保障债权实现、维护交易安全的作用之外,还在一定程度上有效地解决了债务人难以找到担保的尴尬。

案例32:反担保物权人的清偿。

【案情简介】

王波与王涛是兄弟。哥哥王波经营房地产公司,是房地产公司的董事长兼总经理。弟弟王涛经营着一个科技有限公司。应某学校的预订,需15万美元进口一套美国仪器设备。去银行贷款,银行要求提供担保,其公司资产不足以担保,于是来到哥哥的房地产公司找哥哥担保。可哥哥正在外考察。情急之下,遇到了房地产公司的另一个大股东孙林。孙林了解情况后,答应帮助王涛,对其进行担保,可又不十分放心,要求王涛提供担保。王涛在无奈之下,让哥哥王波提供担保。后因设备不符合学校要求,滞销引起资金无法回笼。法院对孙林的财产拍卖,清偿了银行的债权。孙林把王波推上了被告席,要求王波对其被拍卖的财产进行清偿。

【关键证据】

孙林与王涛之间的担保合同,孙林与王波之间的反担保合同,孙林财产的拍卖证明。

【举证指导】

本担保中,为债务人向债权人提供担保的第三人,在债务人届期不

履行债务时,需依合同约定及法律规定承担担保责任,以自己的财产代为债务之清偿。代偿债务后,该担保人即成为债务人的新债权人,就其代债务人向债权人清偿的债务,有权向债务人追偿。根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第2条的规定,"反担保人可以是债务人,也可以是债务人之外的其他人"。本案中,孙林作为反担保物权人是适格的。根据"谁主张,谁举证"的民事诉讼的举证责任分配原则,孙林要求王波对其清偿,其应对王波的清偿责任进行举证。他提供的与王涛之间的担保合同以及其个人财产的拍卖证明,都证明了孙林作为本担保的担保人已完全、充分地履行了其对银行债权的担保责任。这也是其行使反担保物权的前提和基础。至于孙林与王波之间的反担保合同又为孙林行使反担保物权提供了法律支持和依据,可以有效地保障其追偿权的实现。

三、物保与人保竞合时的责任承担

我国物权法第176条规定:"被担保的债权既有物的担保又有人的担保的,债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形,债权人应当按照约定实现债权;没有约定或者约定不明确,债务人自己提供物的担保的,债权人应当先就该物的担保实现债权;第三人提供物的担保的,债权人可以就物的担保实现债权,也可以要求保证人承担保证责任。提供担保的第三人承担担保责任后,有权向债务人追偿。"

物权法在此条规定了物的担保和人的担保并存时的适用关系。首先,无论是物的担保还是人的担保,都是债权的担保手段,何者先承担担保责任,当事人可以自行安排,对社会公共利益和他人利益并不会造成损害。故而,法律没有强制性干预的必要。这完全遵循了民法中意思自治的原则。而对于未作约定或约定不明的,则适用本条规定。也就是说,同一债权既有人的担保又有债务人提供的物的担保时,如果对

担保责任的分担未作约定或者约定不明确的,物的担保责任绝对优先,保证人享有先诉抗辩权。"而且,在债务人自己提供物的担保的情况下,要求保证人先承担保证责任,对保证人也是不公平的。"[①]而同一债权既有人的担保又有第三人提供的物的担保时,如果对担保责任的分担未作约定或者约定不明的,保证人和物上保证人处于同一清偿顺序,债权人既可以要求保证人承担保证责任,又可以要求物上保证人承担担保责任,债权人有权选择。

案例33：债务人自己提供物的担保优于人保。

【案情简介】

某村汽车修理厂为进行设备更新,以全厂的厂房及其所占范围的建设用地使用权作抵押,向某银行贷款120万元,并办理了抵押登记手续。后银行得知建设用地使用权的价值和投资情况后,有些不安,就要求某村汽车修理厂找第三人做担保,否则不予办理贷款。万般无奈,某村汽车修理厂找到同村的面粉厂做担保。在某银行与某村汽车修理厂签订的借款合同的保证人一栏中写下了"愿与某村汽车修理厂负连带责任",并签字盖了章。某村汽车修理厂借款后,因经营不善,在约定的还款日期内没有还款。某银行诉至法院,要求效益好的面粉厂承担保证责任,偿还汽车修理厂的债务。法院不予支持。

【关键证据】

某银行与某村汽车修理厂签订的借款合同,厂房及其建设用地使用权抵押登记证明。

① 胡康生:《中华人民共和国物权法释义》,法律出版社2007年版,第380页。

【举证指导】

某银行与某村汽车修理厂签订的借款合同中,既有抵押条款,又有保证条款,物保与人保并存。原本的借款合同作为直接证据,直接证明借款合同法律关系的存在。从《证据规定》第2条第1款关于提供证据的责任的表述看,当事人在两种情况下负提供证据的责任:(1)当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实应当提供证据。(2)当事人对于反驳对方诉讼请求所依据的事实应当提供证据。本案中,银行主张债权的清偿,所以必须提供债权产生的法律基础——借款合同来证明银行是适格的债权人。至于法院的不予支持,其实是不支持债务由保证人——面粉厂来清偿,并非不支持合法债权的清偿。对于银行的债权,既有某村汽车修理厂作为债务人提供的物的担保,又有面粉厂作为第三人提供的人的担保,而且某村汽车修理厂与面粉厂之间对于担保责任的分担未作约定,因此,依据我国物权法第176条的规定,汽车修理厂应先承担担保责任,银行的债权未获满足的部分由保证人面粉厂承担保证责任。

案例34:第三人提供物的担保与人保选择行使。

【案情简介】

河南洛阳商人张三,想在市区开一家玉器商店,由于资金不足就找到了家里富有、手头宽裕、经常借贷的李四。两人签订了一份借贷合同,合同约定,李四借给张三人民币70万元,借款期限是1年。并且约定张三之弟张峰作为保证人,当张三不能偿还到期的债务时,由张峰还本付息。

合同订立后,李四为了确保自己的债权能够安全收回,就要求张三另行提供抵押。无奈之下,张三找到家有货车一辆,靠运输为生的朋友王五。王五为人仗义,全力支持朋友,就把货车抵押给了李四,担保张

三所欠债务中的30万元。抵押合同订立后,立即就进行了登记。

但是,1年过去了,由于张三从未从事过玉器生意,亏损得一塌糊涂。债务到期,他也没有能力偿还。于是李四十分着急,就找到张峰和王五,要求他们实现担保。但是两人相互推诿,拒绝履行担保义务。情急之下,李四把张峰和王五都推上了被告席。

【关键证据】

张三与李四签订的借款合同,李四与张峰之间的保证条款,王五货车的抵押登记证明。

【举证指导】

本案例既有抵押条款,又有保证条款,物保与人保并存。李四诉至法院的目的是使其债权得以清偿,使其与张三之间的借贷法律关系因清偿而得以消灭。于是,其首先要对债权的存在且合法提供证据。根据我国民事诉讼法第64条的规定,“当事人对自己的主张,有责任提供证据”,李四提供与张三签订的借款合同来证明借贷法律关系发生这一特别要件事实。至于保证条款和抵押登记证明,则是作为李四与张峰、王五存在担保法律关系的证据。此案例中的借贷法律关系与担保法律关系均得到了证明,原告李四均对其提出的主张,履行了完全的证明责任。至于案件的处理,依据我国物权法第176条的规定,则是李四有权选择张峰或者王五其中任意一人来承担担保责任。但是,王五的货车抵押只是担保了30万元,李四只能在30万元范围内请求实现债权。

物权法的原则是有约定的从约定,这是对当事人自由的尊重;没有约定则看物的担保的提供者是谁。如果是债务人本人提供的物上担保,如抵押、质权等,此时遵循“物保先于人保”的规则,先实现抵押权或质权;如果物的担保是第三人提供的,则债权人可以选择其中任何一种担保优先受偿。

第八节 抵 押 权

一、抵押权概述

依据我国物权法第179条第1款的规定,所谓抵押权,是指债务人或者债务人以外的第三人不转移担保物的占有而供作债务履行的担保,在债务人不履行债务的情况下,债权人有权对此担保财产予以拍卖、变卖、折价并就其所得价款优先受偿的权利。依据我国物权法第179条第2款的规定,在抵押关系中,提供担保财产的债务人或第三人,称为抵押人;享有抵押权的债权人称为抵押权人;抵押人提供的担保财产称为抵押物。

依据上述论述,抵押权首先是一种担保物权,当然具有第一节所论述的担保物权的从属性、物上代位性、不可分性等特征。

案例35:抵押权的权利属性和相应的物权效力。

【案情简介】

李某与吴某关系很好。吴某设立公司向银行贷款时,李某作为所欠银行该项债务的抵押人,在该公司到期未能清偿债务时,法院责令李某对此债务承担连带责任,并执行了李某设定抵押的财产。随后李某向该公司追偿,但因其已经失去清偿能力,而吴某在设立该公司时并没有履行相应的出资义务,李某遂向法院起诉要求吴某偿还其代为清偿的价款并赔偿相应损失,法院予以支持。

【关键证据】

吴某与银行签订的借贷合同，李某同银行签订的抵押合同，对李某的财产强制执行的证明书，吴某未履行相应出资义务的相关证明。

【举证指导】

本案中，吴某与银行签订的借贷合同是吴某与银行之间存在借贷法律关系的事实依据，此借贷合同可以作为法院认定银行的合法债权的依据，为债权的满足提供了基础。而李某同银行签订的抵押合同则可以证明银行的另一个身份——抵押权人，还可以证明李某作为吴某设立公司所欠债务的抵押人，在该公司届期未履行债务时，债权人有权就李某所有的抵押物变价清偿。也正是基于此证据的认定，法院才在银行财产未受清偿的前提下，强制执行了李某的财产。此抵押合同是使得强制执行正当化的依据。另外，对李某的财产强制执行的证明书，是作为李某财产去向的证明，是李某追偿的合法前提基础。本来，吴某设立公司作为独立法人，财产独立，在李某代为清偿后，应向债务人公司追偿。吴某未履行相应出资义务的相关证明是向吴某追偿的依据，而且此公司已失去清偿能力。基于此，李某根据公司法的相关规定，有权向吴某追偿。

二、抵押权标的物的范围

我国物权法第 180 条第 1 款规定："债务人或者第三人有权处分的下列财产可以抵押：(一)建筑物和其他土地附着物；(二)建设用地使用权；(三)以招标、拍卖、公开协商等方式取得的荒地等土地承包经营权；(四)生产设备、原材料、半成品、产品；(五)正在建造的建筑物、船舶、航空器；(六)交通运输工具；(七)法律、行政法规未禁止抵押的其他财产。"这条规定从正面用列举的方式明确规定了在我国依法可以设

立抵押权的财产范围，包括不动产、动产以及权利。与此相对应，抵押权可以分为不动产抵押权、动产抵押权和权利抵押权。

与第180条规定相对应，我国《物权法》第184条又规定："下列财产不得抵押：（一）土地所有权；（二）耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权，但法律规定可以抵押的除外；（三）学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体的教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施；（四）所有权、使用权不明或者有争议的财产；（五）依法被查封、扣押、监管的财产；（六）法律、行政法规规定不得抵押的其他财产。

以上两个法条从正反两个方面，以正面列举和反面排除的方式说明了抵押权的标的范围。这对于明晰法律关系，维护交易安全起着重要作用。

案例36：共同共有物设定抵押的问题。

【案情简介】

甲、乙为夫妻，婚后买了一处房产。后两人婚姻的介绍人丙做生意急需用钱，周转不开，就找到甲，商定以该房产为丙设定抵押权，而且甲邀请丙到其家中签担保合同。两天后，丙来到甲的家中签约，乙在一旁递纸供墨，端茶倒水。事后，乙有些后悔，就以自己未签字同意，甲无权处分共同财产为由，请求法院确认抵押无效。法院不予支持。

【关键证据】

甲乙的结婚证，甲乙房产的房产证，甲与丙签订的抵押合同。

【举证指导】

甲乙的结婚证、房产证用来证明乙是房子的合法拥有者，对其房产的被处分有权提出异议。房子的事实和法律处分均与乙有法律上的利

害关系,故乙可以作为适格的原告。这是立案及以后诉讼程序的基础。甲与丙签订的抵押合同被乙举证,作为其诉讼主张的本证,[①]作为书证,以合同的内容证明着甲、丙的侵权事实。可是此事实非客观事实,丙可以乙在签约当天的表现作为反证,[②]证明乙的诉讼理由不成立,故乙的诉讼主张法院不应支持。

三、房地一体主义

我国物权法第182条规定:"以建筑物抵押的,该建筑物占用范围内的建设用地使用权一并抵押。以建设用地使用权抵押的,该土地上的建筑物一并抵押。抵押人未依照前款规定一并抵押的,未抵押的财产视为一并抵押。"本条规定了建筑物与建设用地使用权一并抵押原则。我国法律将建筑物所有权与建设用地使用权视为两个独立的不动产,但是为了明确不动产权利归属,并简化我国不动产权利体系,对建筑物所有权与建设用地使用权进行一体化处理。[③] 亦即我们常说的"地随房走"、"房随地走"的原则。

与上述规定相类似,我国物权法第183条规定:"乡镇、村企业的建设用地使用权不得单独抵押。以乡镇、村企业的厂房等建筑物抵押的,其占用范围内的建设用地使用权一并抵押。"该条规定是有关集体土地使用权与建筑物一并抵押的规定。其实是对前面所述我国物权法第184条规定禁止设定抵押的标的物的补充,也可理解为"集体所有的土地使用权不得抵押"的例外。法律对于以乡镇、村企业的厂房等建筑物抵押的情景予以认可和确认,在一定程度上能更好地解决乡镇企业的

① 本证,是指证明负举证责任的一方主张的事实存在的证据。此定义见廖永安:《证据法学》,清华大学出版社2008年版,第80页。

② 反证,是指证明负举证责任的一方主张的事实不存在的证据。此定义见廖永安:《证据法学》,清华大学出版社2008年版,第80页。

③ 陈更:"论土地权利与建筑物权利的关系",载《法治与社会发展》1998年第6期。

贷款和融资问题。简言之，在集体土地使用权问题上，实行的是“地随房走”的原则。

四、共同抵押

我国物权法第 180 条第 2 款规定：抵押人可以将财产一并抵押。就直接在法律制度上明确承认了共同抵押，但是物权法除此条文之外，并未再规定共同抵押制度。在现行物权法没有具体规定共同抵押的相关制度的情形下，我们现实生活中遇到共同抵押时，必须适用担保法以及最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》。

按照抵押财产的归属区分，共同抵押可分为抵押财产同属于一人的共同抵押、抵押财产分属于多人的共同抵押。抵押财产同属于一人的共同抵押，是指一人对供抵押的数项抵押财产享有所有权或处分权的共同抵押。这里的一人既可以是债务人，也可以是债务人之外的第三人。抵押财产分属于多人的共同抵押，是指供抵押的数项财产分别归属于不同的人，即多人对数项抵押财产分别享有所有权或处分权。可分为两种情况：一是某项或某几项抵押财产属于债务人，其他抵押财产属于第三人；二是供抵押的多项抵押财产均属债务人以外的第三人。

案例 37：共同抵押权的实现。

【案情简介】

北京市博达实业有限公司（以下简称博达）因要扩大业务范围，欲向北京信托投资银行（以下简称投资银行）借款 450 万元。根据投资银行的要求，博达以其新购买的华银大厦第三层共 1200 平方米（当时估价 350 万元）作抵押。

但是，投资银行认为抵押财产不够，要求博达提供其他的抵押，否则不能借款。博达公司无奈，只好请求与其有密切业务往来的客户巨

丰商贸集团公司(以下简称巨丰)以其新购买的一块面积200亩的土地作为抵押。同时还请求其另一客户丁某以自己的一辆奔驰牌轿车(当时作价100万元)作抵押。上述抵押分别由投资银行与各个抵押人之间订立了合同,并且及时办理了登记。

抵押手续办理完毕,博达公司终于得到了银行的贷款。在博达与投资银行的借款合同中,特别注明以上述三项财产作抵押。而在巨丰与投资银行订立的抵押合同中,虽规定巨丰以其一块位于该市开发区的面积约200亩、作价800万元的土地作抵押,但根据巨丰的一再要求,双方达成协议,在合同第5条明确规定:"乙方(巨丰)仅以100万元的土地使用权作抵押。"在投资银行与丁某订立抵押合同以后,投资银行发现该轿车已经为他人设置了抵押,但不清楚该抵押担保的债权数额。

然而,此后博达公司的经营状况每况愈下,财务渐渐入不敷出。至借款合同到期以后,博达已经没有能力清偿债务了。投资银行于是就将博达的房产拍卖以后仅获得300万元;然后又要求拍卖巨丰的200亩土地,以清偿剩余的200万元的债务(贷款本金余额150万元和利息50万元),遭到巨丰严词拒绝。投资银行为了自己的债权不受损失,于是向法院提起诉讼,请求巨丰承担抵押责任。

投资银行认为,在巨丰与投资银行订立的抵押合同中,虽规定了巨丰仅以100万元的土地使用权作抵押,但合同也规定了应以200亩、价值800万元的土地作抵押,但这两个条款是相互矛盾的。在此情况下,只能认为当事人具有以土地作抵押的意思而不能明确抵押财产的范围。既然巨丰以其价值800万元的土地为博达提供了抵押,则应当对博达的债务负连带责任。由于博达提供抵押的财产因房价下跌仅值300万元,对剩余的200万元应由巨丰负清偿责任。所以,由巨丰承担200万元的责任是合理的。

相反巨丰公司则认为,抵押合同中明确规定巨丰仅以100万元的

土地作抵押，这就意味着巨丰并不是以全部200亩土地作抵押，而只是以该土地的1/8作抵押，所以投资银行只能要求拍卖巨丰的1/8的土地。

【关键证据】

博达与投资银行的借贷合同，巨丰与投资银行订立的抵押合同，投资银行与丁某订立的抵押合同。

【举证指导】

本案中，三项财产共同担保一项债权，也就是说，三项财产为同一项债权设定了一项抵押权，这是一种共同抵押，而不是三个单独的抵押权。其实，共同抵押与一般抵押的区别是担保几项债权，而不是有几项财产来担保。三项抵押都是为了担保博达对投资银行的500万元债务，尤其是在博达与投资银行的借贷合同中也特别注明以上述三项财产作抵押，从而构成共同抵押。

此案件有两种法律关系，即借贷法律关系和担保（抵押）法律关系。而且，借贷法律关系是主法律关系，担保（抵押）法律关系是从法律关系；投资银行的债权是主权利，其抵押权是从权利。博达与投资银行的借贷合同是作为证明借贷法律关系的直接证据，能够单独地、直接地证明博达与投资银行间借贷法律关系的发生和存在，在其向人民法院起诉时，提供合同的副本或复印件来证明有明确的法律关系和明确的被告，还能证明原告适格，与所述事项有直接的法律关系。在案件审理阶段，提供合同原件证明合同合法有效的法律事实，以使法官可以继续对案件事实进行法律评价进而判定投资银行确实拥有合法债权，博达必须清偿债务。两份抵押合同是作为证明借贷法律关系的直接证据，证明债务人博达不能清偿时，对巨丰、丁某财产的折价和变卖、拍卖是合法有效的，不是对其财产的侵权。

需要说明的是,巨丰与投资银行订立的抵押合同中存在两个矛盾的条款,条款的矛盾并不当然说明巨丰公司以200亩土地全部负担抵押债务。虽然存在矛盾,但是当事人的真实意图是仅以100万元的土地使用权作抵押。因为第5条是对第1条的具体化,尤其是增加第5条是根据巨丰的一再要求而进一步加以规定的,所以应该认定巨丰用来抵押的土地仅仅价值100万元,而不应该认定巨丰用全部价值800万元的土地来作抵押。也就是说,"巨丰仅以100万元的土地使用权作抵押"的条款是当事人真实意思的表现,具有证明力;"应以200亩、价值800万元的土地作抵押"的条款不是当事人真实意思的表现,不具有证明力。所以,在拍卖巨丰的土地时不能将巨丰全部的土地予以拍卖,而只能分割出一部分土地予以拍卖。

五、抵押登记的效力

抵押登记,是指登记机构根据当事人的申请,依照法定程序,将抵押财产上设定的抵押权及抵押权变更、终止等记载于特定的抵押财产登记簿上的行为。[①]

抵押权,由于不转移抵押财产的占有,不能以交付为公示方法,只能采登记方法。抵押登记是抵押权获得公信力的必要途径,它对于充分发挥抵押的担保功能,维护交易安全,保护第三人利益,避免纠纷发生,都具有非常重要的意义。

(一)不动产抵押登记的效力

我国物权法第187条规定:"以本法第一百八十条第一款第一项至第三项规定的财产或者第五项规定的正在建造的建筑物抵押的,应当办理抵押登记。抵押权自登记时设立。"这是在法律上规定了不动产的

① 何志、王士教、单浩森:《担保法判解研究与适用》,中国政法大学出版社1999年版,第204页。

抵押登记。依据本条规定,不动产抵押权的设立必须办理抵押登记,而且从登记之日起生效。这既符合本书前述的物权公示原则,让那些可能和债务人或者第三人存在交易行为的利害关系人知晓财产权利的归属以及变动情况,又可以确保抵押权人对抵押财产的控制和管领,防止抵押人在抵押权存续期间擅自处分抵押财产,导致抵押权人的担保利益受损。

案例38:未登记的抵押权的效力。

【案情简介】

李某是某炼油厂的一名职工。2004年8月,同单位内退女工张某采用非法手段,伪造了与李某的结婚证、户口本及身份证等证件。同年8月10日,张某伙同他人以李某的名义,利用上述伪造的证件与银行签订了房产抵押合同和借款合同,将李某石油三村的产权房作为抵押物,套取了银行贷款9万元。不久,张某因制造"某市住房公积金诈骗第一案"而东窗事发,被法院判刑。尽管张某冒充李某名义办理抵押贷款事实清楚,但银行仍不愿意解除所谓的抵押合同。李某遂向法院起诉,要求确认借款合同和抵押合同无效。

【关键证据】

李某真实的结婚证、户口本及身份证等证件,李某石油三村的产权房的房产证。

【举证指导】

本案中,张某并非是房产的所有权人,故此系无权处分行为,依据合同法第51条的规定,该抵押合同效力的认定应该以有权处分的人(通常是所有权人)同意或者无权处分人事后取得处分权为前提。而本案中,房屋所有权人李某并未同意该抵押合同,张某也不可能取得处分

权,因此该抵押合同应该归于无效。

至于抵押权,依据物权法第187条的规定,房地产抵押应该以办理抵押登记为成立条件,未办理抵押登记,抵押权不能成立。

李某作为原告,对其主张的事项负有举证责任,这是举证责任分配的基本原则。他提供的真实的结婚证、户口本及身份证、房产证等证件来证明张某与其没有法律上的关系,张某不能成为房产的所有权人,更不能对房屋进行法律上的处分。因无权处分且没有事后追加的同意,法院可以此作为认证和判决的基础。

国家机关登记实务中,抵押登记经审核准予登记的,登记机关应当在该房地产的登记簿上作抵押记录。以依法取得的房屋所有权证书的房地产抵押的,登记机关应当在原《房屋所有权证》上作他项权利记载后,由抵押人收执,并向抵押权人颁发《房屋他项权证》。所以,李某只需向法院出示其房产证的原件和复印件,证明未登记即可证明抵押权不成立。

至于主张借款合同无效,可以在质证过程中予以反驳,对银行作为证据提供的借款合同的原件和复印件予以否认,以"非真实的意思表示"主张借款合同的无效,必要时可以向法院申请作笔迹等司法鉴定。以司法鉴定的结果证明借款合同非其本人的真实意思表示,故不承担义务。

案例39:抵押人不配合进行抵押登记的,应当承担赔偿责任。

【案情简介】

2007年6月9日,某县农机公司与县农行签订贷款合同一份,农机公司向县农行借款50万元,借款期限为6个月。6月10日,县农行要求农机公司为该笔贷款提供财产抵押,农机公司找到县机械厂。机械厂遂于6月14日与县农行签订抵押合同一份,约定机械厂以15间厂房为农机公司向县农行贷款50万元提供担保。6月15日,县农行向农机

公司发放了50万元贷款后,机械厂拒不同意办理抵押登记。贷款到期后,农机公司未能偿还贷款本息,为此,县农行以农机公司及机械厂为被告向法院起诉。法院经过审理,作出判决,由农机公司向县农行偿还50万元贷款及利息,由机械厂在15间厂房价值范围内对农机公司不能偿还的部分承担赔偿责任。一审法院判决后,机械厂不服,仍坚持一审中的答辩意见并提出上诉,认为其与县农行所签订的抵押合同因未办理抵押登记而不生效,故其不应当承担责任。二审法院经审理,维持原判,驳回了机械厂的上诉。

【关键证据】

县农机公司与县农行签订的贷款合同,机械厂与县农行签订的抵押合同。

【举证指导】

本案中,机械厂拒不同意办理抵押登记,使县农行的抵押权无法设定。对此,《担保法解释》第56条第2款规定:"法律规定登记生效的抵押合同签订后,抵押人违背诚实信用原则拒绝办理抵押登记致使债权人受到损失的,抵押人应当承担赔偿责任。"所以,法院判令机械厂在原抵押物价值范围内对农机公司不能偿还的部分承担责任,是正确的。

县农行提供的其与县农机公司签订的贷款合同既证明了它因法律上真实的利害关系,成为适格原告的资格,又证明了其本应得以清偿的债权的合法性。机械厂与县农行签订的抵押合同尽管未生效,但作为原告提供的证据是客观真实的,以其内容证明机械厂作为抵押人,本应配合县农行进行抵押登记,却违背诚实信用原则,不配合进行抵押登记,致使县农行的抵押权受到威胁。这成为法院判令机械厂对县农行未清偿部分承担责任的事实依据。

(二)动产抵押登记的效力

我国物权法第188条规定:“以本法第一百八十条第一款第四项、第六项规定的财产或者第五项规定的正在建造的船舶、航空器抵押的,抵押权自抵押合同生效时设立;未经登记,不得对抗善意第三人。”本条所规定的动产是指生产设备、原材料、半成品、农林牧渔等产品,以及交通运输工具和正在建造的船舶、航空器。当事人在以动产设立抵押时可以自行约定是否办理登记。办理登记的,则依法可以产生对抗善意第三人的效力。

案例40:动产抵押自设立时生效。

【案情简介】

王明与丁路从小到大都是好朋友。王明开私营有色金属冶炼厂发了大财;而丁路办了个小五金厂,效益一直不好,不见起色。丁路想更新设备,生产些新型产品,但需要钱加大投资。他就找到王明,向王明借100万元。对王明说:“我现在厂小,生产设备全押上也不过几十万。但我可以把厂里给客户送货的5辆货车都押给你,到时若还不上钱,随你怎么处置。”王明说:“好说好说。但是世事难料,我得防个意外。两年间无论何时,我若急需资金就得把车收回,你看怎么样?不过你放心,只要我不倒,总会提携你的。”双方于是签了借贷合同和抵押合同。

王明的话果然言中。签了合同才半年,他就遇到了生死抉择。原来冶炼厂污染严重,敷衍了多年,政府忍无可忍,终于亮出了黄牌:要么立即上马治污工程,要么关闭。现在王明急需资金进行治污,就要丁路把车折价或拍卖、变卖。丁路更新设备后,效益稍好,不愿卖车。王明在政府再三督促上马治污的情况下,把丁路告上了法庭。

【关键证据】

王明与丁路签订的借贷合同和抵押合同。

【举证指导】

本案中,王明与丁路签订的借贷合同和抵押合同均是合法有效的。本着意思自治和意思真实原则,他们可以在合同中约定抵押权的金额、实现条件等。尽管本案的抵押物是汽车这种交通运输工具,但没有进行抵押登记。依物权法第188条的规定,不影响抵押权的成立,只是不能对抗善意第三人。本案不涉及善意第三人。所以,抵押权成立,在王明的债权应受清偿而未受清偿时,丁路应履行其义务。借贷合同和抵押合同均作为证据证明王明债权和抵押权这对主从权利的正当,所以,法院可以据此判令丁路履行义务,偿还债务。

案例41:动产抵押不登记,不得对抗善意第三人。

【案情简介】

案情接案例40。就在法院调查,还未作出判决之前,有两位债权人(材料供应商)闻讯赶来。他们不明就里,来了之后,首先要求了解冶炼厂与五金厂间抵押借款的情况,并说,最好能看看全部有关文书的原件。然后,到工商局查阅了冶炼厂与五金厂的登记档案。

回来后,他们就和王明、丁路正式谈判,称他们两家的债权已到期,如果五金厂处置动产,仍不足以清偿冶炼厂和他们两家的债务,他们要求三家按相同的比例受偿。王明很感意外,问两家有无担保。两家说没有。王明告知自己有抵押权,应该优先受偿。两家债权人不同意。于是,两家债权人也来到法院,请求法院支持他们的债权。

【关键证据】

王明与丁路签订的借贷合同和抵押合同,两家债权人与丁路的债权债务证明。

【举证指导】

本案中,王明与丁路签订的借贷合同和抵押合同前文已述。两家债权人要求清偿债务,就要提供证据(一般是合同的原件和复印件)来证明他们有合法债权,至于证据的真伪性和关联性,应由法院予以认定。如果证据真实,且可以认定债权的真实有效,法院就应当支持其债权。依物权法第188条的规定,没有进行抵押登记,不影响抵押权的成立,只是不能对抗善意第三人(事先不知情的第三人)。本案中,如果存在正当债权,两位债权人在与五金厂交易时,不知道王明与丁路签订的抵押合同,于是就不应该承受抵押合同带来的风险,他们是善意第三人。两位债权人去查过登记记录,没有王明与丁路之间的抵押登记。他们也尽了正常的注意义务。他们不知情,是善意第三人,自然不受王明与丁路签订的抵押合同的约束,不承认冶炼厂的优先权。

六、抵押权的效力

(一)抵押物转让

我国物权法第191条规定:"抵押期间,抵押人经抵押权人同意转让抵押财产的,应当将转让所得的价款向抵押权人提前清偿或者提存。转让的价款超过债权数额的部分归抵押人所有,不足部分由债务人清偿。抵押期间,抵押人未经抵押权人同意,不得转让抵押财产,但受让人代为清偿债务消灭抵押权的除外。"本条是有关抵押物转让的有关规定。抵押期间抵押人得转让抵押物,源于抵押人的处分权。但由于抵押财产上存在抵押权负担,该转让行为将影响到抵押权人以及受让人的权利状态,所以对转让行为加以限制。在抵押期间,抵押人虽得以转让抵押财产,但是应当取得抵押权人的同意。未经抵押权人同意的,转让行为无效,除非受让人清偿债务。可见,我国物权法并不承认抵押权的追及效力。

案例42:未经抵押权人同意的抵押物转让,无效。

【案情简介】

甲公司以其从丙公司处受让的土地使用权(已办理过户登记手续)作抵押向乙银行借款并办理了抵押登记。贷款期限届满后,甲公司未按合同约定还本付息。乙银行多次向甲公司主张权利,甲公司在催收贷款通知书上签名并出具还款计划和债务确认书予以确认,但一直未清偿债务。因甲公司尚未付清丙公司土地使用权转让款,丙公司向法院提起诉讼,要求收回部分土地使用权以抵偿甲公司拖欠的土地转让款。法院支持了丙公司的诉讼请求。之后,丙公司与丁公司签订土地转让协议书。丁公司据此办理了新的土地使用权证,并向丙公司付清了土地转让款。乙银行发现已经办理抵押登记的抵押物被转让,遂向法院起诉,请求判决:甲公司偿还贷款本金和利息;确认乙银行与甲公司的抵押关系有效,甲公司应将用于抵押的土地使用权优先偿还欠乙银行的贷款;丁公司取得的土地使用权无效,应返还取得的土地使用权用作清偿乙银行的贷款。

【关键证据】

判决甲丙公司合同部分解除的法院判决,丙丁公司签订的土地转让协议书,丁公司新的使用权证,甲公司与乙银行签订的抵押合同和借款合同,本案涉及的土地使用权证原件和复印件或登记机关登记簿的复印件。

【举证指导】

本案中,甲公司与乙银行设立抵押权时,甲公司与丙公司已经完成了土地过户手续,甲公司是涉案土地的建设用地使用权人,依法享有处分权,因此其与乙银行设立的抵押权合法有效。乙银行于抵押登记时,

即成为抵押权人。丙公司通过诉讼解除了其与甲公司的土地使用权转让合同,合同解除后,丙公司得以不当得利请求权要求甲公司向其返还土地使用权。甲公司向丙公司返还土地使用权,并将土地过户到丙公司名下,但是该土地上的抵押负担并没有消灭。此后,丙公司将土地使用权转让给丁公司,除非在土地登记簿上没有相关抵押记载,丁公司可依善意取得规则取得土地使用权,否则,丁公司取得的仍然是具有抵押负担的土地使用权。土地使用权转让并不影响抵押权的行使,抵押权人可以追及抵押标的物之所在行使抵押权。

乙银行作为原告,具有举证义务。判决甲丙公司合同部分解除的法院判决可以证明土地使用权的处分事实的出现依据,该事实的出现是依据合同法,合同目的部分无法实现导致合同部分解除。只不过因为乙银行并非甲丙案件当事人,也非甲丙案件第三人,乙银行无法出具判决甲丙公司合同部分解除的法院判决。如果乙公司知道先期判决的案卷号,就由当事人前往人民法院的档案室或其他案卷保管部门自行调取。如果不知道先期判决的案卷号,而先期判决又具有证明作用,一般是由乙公司提出调取证据的书面申请,由人民法院依照法定的程序和方法,调取证据材料。丙丁公司签订的土地转让协议书和丁公司新的使用权证作为直接证据,直接证明土地使用权进行了转让这一法律事实。甲公司与乙银行签订的抵押合同和借款合同则起到了证明乙银行可以作为适格原告,享有应受保护的债权的作用。除此之外,乙公司还应证明土地使用权这一抵押财产的转让是在抵押期间进行的。这需要乙公司自己去登记机关查阅并复制登记簿记载涉案土地使用权的事项,既可以证明转让行为是在未解除抵押时完成的,故而土地使用权的抵押负担不能解除;又可证明丁公司不可能不知道土地使用权的抵押事项,不能适用善意第三人取得完全的权利。

(二)抵押权保全

我国物权法第 193 条规定:“抵押人的行为足以使抵押财产价值减

少的,抵押权人有权要求抵押人停止其行为。抵押财产价值减少的,抵押权人有权要求恢复抵押财产的价值,或者提供与减少的价值相应的担保。抵押人不恢复抵押财产的价值也不提供担保的,抵押权人有权要求债务人提前清偿债务。"本条规定了抵押权的保全制度。抵押权旨在通过抵押权人优先于其他一般债权人而支配抵押物的交换价值的方式来担保债权的清偿。因此,抵押物的价值状况的维持与抵押权人的担保利益息息相关。而抵押权的设立并不转移抵押物的占有,抵押物仍然处于抵押人的占有和管领之下,因此为了防止抵押人的不当行为而导致抵押权人的担保利益受损,法律赋予抵押权人以保全抵押权的请求权。应当注意的是,本条规定的适用存在一个前提条件,即抵押物的价值毁损或者减少是因为抵押人的行为造成的。抵押人是出于故意或者过失,则在所不问。

案例43:抵押人不恢复抵押财产的价值也不提供担保的,而且拒绝提前清偿债务,抵押权人可起诉。

【案情简介】

某桑蚕生物科技有限公司为筹措50万元的科研经费,以15万株桑树及桑树所占范围的350亩地的使用权(公司从某国营农场租来的)抵押给农村信用合作社。

几个月后,信用社发现公司卖掉了不少桑树,而且还在陆续出卖。信用社就紧急书面通知公司,指出公司出卖桑树的行为,威胁到信用社抵押权的实现,要求立即停止;并要求在指定的时间,双方共同进行盘点,对减少的抵押价值财产,要求公司补充相应的担保。但公司一直没有答复。

等了一段时间后,仍无答复。信用社就通知公司立即开始还款。这下,公司有答复了:"那怎么行?年底才到期啊。"信用社万般无奈,就将公司推上了被告席,要求法院判决公司还款。

【关键证据】

信用社与某桑蚕生物科技有限公司的借贷及抵押合同，信用社提供的某桑蚕生物科技有限公司出卖桑树的证据，桑树的市价证明。

【举证指导】

信用社采取的措施完全符合法律规定。如果公司拒绝提前清偿债务，信用社可以向人民法院起诉，依靠国家强制力收回贷款。这在民事诉讼法上属于“请求之诉”。信用社作为原告，依据民事诉讼法有关举证责任的分配，其负有举证责任。如果不能履行举证的诉讼义务，不能提供支持其主张的证据，就要承担诉讼上的不利后果——败诉。信用社提供的借贷及抵押合同一是证明其应得到清偿的债权的合法，二是证明它享有法律上应受保护的合法抵押权，因为它们都是民法上“意思自治”的产物。信用社提供的某桑蚕生物科技有限公司出卖桑树的证据是用来说明抵押人——某桑蚕生物科技有限公司足以使抵押财产价值减少的行为事实。这是适用抵押权保全制度的前提条件。信用社提供的桑树的市价证明其实是提供计算抵押财产价值减少数额的计算标准，使法院可以认定某桑蚕生物科技有限公司出卖桑树这一侵权行为的侵权数额，为后续的判决数额提供依据。某桑蚕生物科技有限公司出卖桑树的证据可以是照片，也可以是某桑蚕生物科技有限公司与买桑树者签订的合同，还可以是信用社录制的证明某桑蚕生物科技有限公司出卖桑树的录音等。此处提及私自录音的证明效力问题，也就是说，在本案中，信用社录制的证明某桑蚕生物科技有限公司出卖桑树的录音是否应作为“非法证据”而予以排除？

证据材料是否具有证据能力，主要取决于法律上的规定，只有法律

允许其为诉讼证据,它才具有法律上的证明力。[1] 在本案例中,如果原告信用社向法庭出示录音,按照最高人民法院 1995 年 3 月在《关于未经对方当事人同意私自录制其谈话取得的资料不能作为证据使用的批复》的解释,将会被认定为非法证据而排除。因为该批复指出,未经对方同意私自录制的谈话录音资料,不具有合法性,不能作为证据使用。而在司法实务中,尤其是在类似于本案这种债权债务纠纷中,录音几乎都没有经过被告同意,因为被告根本就不会同意。但依据最高人民法院 2001 年通过的《证据规定》,本案中的录音是可以作为认定案件事实的依据的。因为该规定第 68 条对证据材料的排除仅规定为,"以侵害他人合法权益的方法或违反法律禁止性规定的方法取得的证据,不能作为认定案件事实的依据",而未经对方同意私自录制的录音资料,并不表示其一定是以侵害他人合法权益的方法取得的证据材料。具体到本案中,在录音制作过程中,只要没侵害到被告的合法权益(如拘禁或威胁),也没使用违反法律禁止性规定的方法(如在被告住所安装窃听器),并且录制内容不包含商业秘密、个人隐私等,原告提供的录音即使未经过对方同意,其录制手段也是不违法的,是可以作为民事证据使用的。

(三)抵押权的效力及于抵押物所产生的孳息

我国物权法第 197 规定:"债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形,致使抵押财产被人民法院依法扣押的,自扣押之日起抵押权人有权收取该抵押财产的天然孳息或者法定孳息,但抵押权人未通知应当清偿法定孳息的义务人的除外。前款规定的孳息应当先冲抵收取孳息的费用。"抵押权系以抵押物的交换价值为债权人设定就该抵押物范围内的优先受偿权。该抵押物所生孳息,自然应当纳入抵押物范围内为抵押权人提供担保。但依本条规定,抵押权人对

---

① 毕玉谦:《民事证据法及其程序功能》,法律出版社 1997 年版,第 31 页。

法定孳息的收取权以通知清偿法定孳息义务人为必要，在履行通知义务后，即使清偿法定孳息义务人仍向抵押人清偿孳息，抵押权人仍可向抵押人请求该项孳息。若抵押权人未履行通知义务的，则抵押权的效力不及于该孳息。应当注意的是，抵押权人所收取的孳息应当属于抵押人有权收取的孳息。第三人基于正当的权源关系（例如系抵押物的用益物权人）而依法享有的孳息收取权不应当受到影响。

案例44：法院扣押的抵押财产，孳息的收取问题。

【案情简介】

接案例43，某桑蚕生物科技有限公司败诉之后，仍不清偿信用社的贷款。于是，信用社向人民法院申请强制执行，法院在向公司发出执行通知书无果后，于2007年7月2日发出裁定，扣押（查封、冻结）公司15万株桑树及桑树所占范围的350亩地的使用权。然而，信用社于8月1日又向法院提起新的诉讼，要求桑蚕生物科技有限公司返还桑树所占范围的350亩地的土地租金。原来，信用社刚得知某桑蚕生物科技有限公司把桑树所占范围的350亩地的土地又租给了农民甲，让其在桑田间种西瓜，双方约定分3次向某桑蚕生物科技有限公司交纳土地租金。信用社得知桑蚕生物科技有限公司于7月15日第二次向农民甲收取了租金。信用社没有收到这笔数目不小的租金，产生了利息损失。就诉至法院，要求某桑蚕生物科技有限公司返还租金，农民承担利息损失的赔偿责任。

【关键证据】

农民甲向某桑蚕生物科技有限公司交纳租金的收据。

【举证指导】

农民甲向某桑蚕生物科技有限公司交纳租金的收据用来证明甲作

为法定孳息义务人已履行了清偿债务。对于信用社的诉讼请求，依据物权法第197条的规定，甲可以以未收到信用社的事实通知作为抗辩。顺便提及的是，司法实务中，被告经常以未收到通知来逃避责任，如果作为原告方不能提供确实履行了通知义务的证明，将由原告方承担举证不能而败诉的后果。没有证据的支持，法院是不能认定事实的存在的。所以，为避免此种情形的出现，原告所履行的通知义务最好以书面形式进行，且应通过有存根或签字证明的挂号信或快递证明的方式履行。本案例中，信用社确实没有尽到通知的义务，甲的抗辩事实是客观存在的，所以信用社向法院要求的孳息的范围仅限于7月15日以后，某桑蚕生物科技有限公司将要收取的第三次租金。对于要求某桑蚕生物科技有限公司返还租金，农民承担利息损失的赔偿责任的诉讼请求，将不能得到法院的支持。

七、抵押权的实现

（一）抵押权的实现条件和实现途径

我国物权法第195条规定："债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，抵押权人可以与抵押人协议以抵押财产折价或者以拍卖、变卖该抵押财产所得的价款优先受偿……抵押权人与抵押人未就抵押权实现方式达成协议的，抵押权人可以请求人民法院拍卖、变卖抵押财产。抵押财产折价或者变卖的，应当参照市场价格。"本条规定了抵押权实现的方法和途径。其中，"发生当事人约定的实现抵押权的情形"是物权法中新增加的，与担保法相比，体现了对当事人意思的尊重。抵押权设立的目的在于担保债权的清偿，所以抵押权的实现是抵押权人的主要权利。

案例 45:抵押权的实现条件可以约定,只能通过公力救济实现。

【案情简介】

2003 年 6 月起,某纺织公司先后与某时装有限公司签订了 3 份产品购销合同,双方约定由纺织公司向时装公司供应各种规格的面料,具体数量、金额以发票为准。在随后的一年多时间里,纺织公司陆续将价值 500 余万元的面料发给了时装公司,但时装公司仅支付了 300 余万元货款。经多次催讨,双方于 2006 年 4 月达成了一份补充协议。纺织公司同意在应付货款中减让 50 万元,剩下的 150 余万元由时装公司从协议当月起,每月的 15 日分期支付,至 2008 年 4 月 30 日还清,时装公司的出资人焦某还用其所有的两辆汽车作了担保,并办理了抵押登记手续。同时,双方还就不按时履行付款义务所应承担的违约金等事项作了明确的约定。

但是,纺织公司在达成补充协议后 9 个月的时间里,没有收到分文货款。纺织公司遂将时装公司和焦某告上法庭,要求时装公司清偿债务,焦某承担担保责任。同时,时装公司扣留了焦某的两辆汽车。

【关键证据】

纺织公司与时装公司的购销合同及补充协议,焦某车辆的抵押登记手续。

【举证指导】

纺织公司与时装公司的购销合同及补充协议是有关双方权利义务的主要证据,直接证明纺织公司享有对时装公司的合法债权,时装公司有清偿纺织公司债权的义务。需要说明的是,补充协议中,债权人纺织公司自愿放弃部分债权,是其真实意思的表现,是有效的。如果在购销合同中及补充协议中,有约定实现抵押权的情形,并在其中涵盖本案所

涉情形,纺织公司就可以两份协议为证据,在2008年4月30日这个履行期限届满日到来之前实现抵押权。反之,就只能就分期履行债务的每期债务不履行主张自己的权利。由此可见,在所有涉及合同的民事案件中,合同(协议)是主要和直接证据,所以,日常生活中,合同只有采取书面形式,才能更好地主张权利,应尽量避免口头协议。

本案例中,时装公司扣留了焦某的两辆汽车,就是自力救济的方式,这是没有法律依据的。我国物权法只承认人民法院拍卖、变卖抵押财产的公力救济方式。前面已经叙述,车辆属于特殊动产,其抵押登记具有对抗效力。日常生活中,动产抵押也采取登记的形式,能更有利于抵押权人权利的实现,避免不必要的麻烦。本案例中,纺织公司与时装公司未就抵押权实现方式达成协议,纺织公司可以以购销合同及补充协议、焦某车辆的抵押登记手续等为证据,请求人民法院拍卖、变卖抵押财产。

(二)抵押物的租赁与抵押权的协调

我国物权法第190条规定:“订立抵押合同前抵押财产已出租的,原租赁关系不受该抵押权的影响。抵押权设立后抵押财产出租的,该租赁关系不得对抗已登记的抵押权。”本条是有关抵押权与抵押财产租赁二者关系的规定。因为抵押人在设定抵押权之后,仍然可以占有、使用和处分抵押财产,支配抵押财产的用益权。因此抵押人将抵押财产进行出租为法律所允许,抵押权和租赁权可以共存于一个特定的财产之上。两者关系的协调,可以参照本书所有权中“买卖不破租赁”的原则来处理。分为已出租的财产之上设立抵押权和将抵押的财产再行出租两种情形来进行论述。

1. 已出租的财产再行抵押

对于已出租的财产再行抵押的问题,也就是说在同一标的物上(一般是房屋),租赁权先于抵押权而存在。在这种情况下,如果抵押权人尚没有行使抵押权,则承租人使用租赁物(也就是抵押物),而抵押权人

只有在债权到期债务人不履行债务时才能实行抵押权,此时两者大可相安无事地存在。然而,一旦债务人届期无法清偿债务时,抵押权人必然要通过行使抵押权而将抵押物折价或者拍卖、变卖抵押物所得价款优先受偿。这样也就产生了租赁权与抵押权的冲突。对于已出租的房屋或者土地使用权等进行抵押的,抵押权人可以通过查阅登记簿的记载而获知该房屋是否出租的情况。如明知已经出租,而接受抵押,则属于自愿接受有负担的抵押,原租赁人是善意、应受保护的,所以,“原租赁关系不受该抵押权的影响”。

案例 46:已出租的财产再行抵押,原租赁仍有效。

【案情简介】

李某与张某曾于1999 年9 月8 日订立了一份房屋租赁合同。合同规定李某将其3 间平房租给张某,租期2 年,每月租金600 元。合同订立后,李某因经商缺钱,遂以其3 间平房作抵押向刘某借款10 万元,双方于同年10 月20 日订立了书面合同。合同中规定:“如果甲方(李某)一年后不能还清欠款,则将三间房屋作价转让给乙方(刘某)。”2000 年11 月初,李某因经商亏本,无力偿还欠款,遂与刘某协商订立了一份书面合同,合同中规定:双方同意根据抵押合同的规定,将该房屋作价10万元转让给刘某以冲抵全部债务,并定于12 月初办理产权转让登记。同年11 月20 日,刘某正式通知张某,房屋产权已经作价转让,刘某自己要搬进来住,希望张某于12 月底前搬出。张某提出李某将该房屋设定抵押权时未通知他,该抵押行为是无效的,尤其是房屋租赁合同并未到期,刘某无权解除租赁合同。双方因不能达成协议,张某遂于2001年2 月25 日向法院起诉,请求确认李某与刘某之间的抵押合同和买卖合同无效,并要求以8 万元的市价优先购买该房屋。

【关键证据】

李某与刘某之间的抵押合同和买卖合同,李某与张某签订的房屋租赁合同。

【举证指导】

张某作为原告,依据民事诉讼法中"谁主张,谁举证"的举证责任分配原则,张某负有举证责任。他提供的房屋租赁合同首先是证明他是合法的租赁人,以支付对价的方式获得房屋的居住权,其租赁权因为合同的有效性应获得法律的支持和保护;其次是以房屋租赁合同中的时间条款来证明他的租赁设定在先,这也是其主张优先购买的依据。至于李某与刘某之间的抵押合同和买卖合同,因为都是双方当事人真实意思的表现,而且合同的内容并没有违反法律和行政法规的事项,不能认定无效。两个合同可以作为效力的证据。至于张某是不可能得到其主张的优先购买权的,因为在租赁关系中,承租人行使优先购买权,必须与其他买受人处于同等条件。本案中,张某如要主张优先购买权,必须以 10 万元的价格购买。8 万元的市价显然与刘某的 10 万元不是同等条件。尽管李某与刘某高估了房价,但这是物权法鼓励作价转让允许的,因此该房屋仍应以 10 万元的价格转让给刘某。当然在房屋转让后,原租赁关系对李某在租赁期内仍然有效,在租赁期未届满以前,刘某不得以自己住为由要张某搬出。

2. 已经设定抵押物的财产再行出租

对于已经设定抵押物的财产再行出租的情形,由于抵押权作为一种物权,当然具有排他效力。它对于成立于其后的租赁权这一债权当然有优先的效力。也就是说,在债务人到期没有履行债务时,抵押权人有权实现抵押权,此时该抵押物的承租人无权提出异议,而且此时受让该抵押物的人可以取得没有租赁权负担的所有权。

案例 47：已抵押的财产再行出租，可径行实现抵押权。

【案情简介】

1996 年 6 月 16 日，某商业银行与某加工厂、某服务公司签订“抵押担保借款合同”一份，某商业银行为某加工厂在两年内提供最高额贷款 108 万元，某加工厂、某服务公司均为该笔借款设定抵押并负连带责任，其中某服务公司的抵押物包括某加油站的开票室一间及加油罐等物，当时杨某是某服务公司门市部主任兼管加油站。合同签订后随即办理了抵押物登记手续。

1997 年 3 月，某机械公司与某加工厂、某服务公司的上级主管部门某镇政府签订租赁协议一份，由机械公司租赁与某加工厂、某服务公司的财产开展经营，租赁期限至 1999 年 9 月止，该协议第 3 条明确约定：机械公司为了落实原企业的银行债务，必须与有关银行签订借款手续和还款计划。1998 年 1 月 15 日，某商业银行与某加工厂、某服务公司及机械公司签订协议一份，载明：借款人某加工厂于 1996 年 6 月 16 日以某加工厂、某服务公司设定抵押，作为在某商业银行的 108 万元借款的抵押担保，并进行了登记。根据法律的有关要求，经当事人四方协定：机械公司承租时，偿还某加工厂在某商业银行的借款，原设定的抵押物继续作为机械公司偿还债务、抵押权人实现债权的抵押担保。

1998 年 5 月 11 日，某加工厂被注销，其清算单位为某镇政府。2000 年 8 月，某服务公司更名为物资经营部。2001 年 4 月 30 日，物资经营部与杨某签订租赁协议一份，当时物资经营部事先未征得抵押权人某商业银行的同意，亦未书面告知杨某在租赁物上已设定抵押的事实，协议约定：物资经营部将某加油站出租给杨某经营，并向其提供合法经营手续和证件，租赁期暂定为两年，每年租赁费为 2 万元。

2001 年 12 月，因机械公司未能归还借款本金，某商业银行将机械公司、镇政府、物资经营部都推上被告席，后经法院主持调解达成还款

协议,协议明确某商业银行对物资经营部设定抵押的财产包括某加油站的房屋及其他机械设备享有优先受偿权。因机械公司未能自觉履行还款义务,2002 年 4 月,某商业银行向法院申请强制执行,在执行过程中,某商业银行与物资经营部达成协议将抵押物折价抵偿债务,并办理了有关执行款物交接手续。2002 年 6 月 15 日,某商业银行委托某拍卖行对抵押物进行公开拍卖,拍卖行刊登了拍卖公告,并于 6 月 22 日如期举行拍卖会,环某竞拍成功,取得了拍卖物品的所有权。

2003 年 4 月 28 日,杨某以物资经营部、环某作为被告向法院提起诉讼,认为物资经营部在处分其抵押财产时未能提前 3 个月通知即通过拍卖的方式将某加油站的房屋及其他机械设备出售给自己选择的第三人环某,物资经营部与环某之间显然存在相互串通,侵犯了其作为承租人应享有的优先购买权,故要求法院确认原告对所承租的某加油站房屋及其他机械设备享有优先购买权。

【关键证据】

物资经营部与杨某签订租赁加油站的协议,某商业银行与物资经营部达成的执行和解,环某与商业银行签订的抵押物转让协议,某商业银行与某加工厂、某服务公司及机械公司签订的抵押担保协议。

【举证指导】

物资经营部与杨某签订租赁加油站的协议首先是杨某作为租赁人的证明,是证明其以支付对应价款的方式经营着加油站;其次是杨某作为与案件有直接利害关系的证明,是杨某作为适格原告的证明;再次是杨某主张优先购买权的依据。某商业银行与物资经营部达成的执行和解是抵押物得以转让的事实依据,是对抵押物的一致处分决定。环某与商业银行签订的抵押物转让协议是用来证明环某取得抵押物所有权的合法性和正当性,也是环某成为被告的依据。某商业银行与某加工

厂、某服务公司及机械公司签订的抵押担保协议是本案所有错综复杂关系的起点和案情发展的基础，证明着商业银行的债权和机械公司的抵押权，证明他们权利的正当性和应受法律保护性。本案中，抵押人物资经营部的前身某服务公司以财产为主债务人设定抵押后，又办理了相应的抵押登记手续。在某银行申请法院强制执行后，物资经营部与抵押权人达成执行和解，以抵押物抵偿部分债务。至此，抵押权人已依法取得物资经营部相关抵押物的所有权，而所有权是一种绝对权，具有绝对的排他性。作为承租人的原告，在与物资经营部签订租赁协议时，依据登记机关的登记簿，根据物权公示原理，应当知道租赁物上存在抵押权的事实。而其自愿地接受和承担了因抵押权实现而使租赁权终止的风险，其当然不能以后成立的租赁权与抵押权相对抗，对租赁物也当然不享有优先购买权。

（三）抵押权的竞存

我国物权法第199条规定："同一财产向两个以上债权人抵押的，拍卖、变卖抵押财产所得的价款依照下列规定清偿：（一）抵押权已登记的，按照登记的先后顺序清偿；顺序相同的，按照债权比例清偿；（二）抵押权已登记的先于未登记的受偿；（三）抵押权未登记的，按照债权比例清偿。"本条是关于抵押权竞存时，清偿序位的规定。为了促进"物尽其用"，法律允许抵押人在抵押物价值范围内为多个债权人分别设立抵押权，尤其是在抵押物的价值比较大的情形下，这对抵押人更好地融通资金无疑具有重要的推动作用。因此在一项抵押物之上同时存在多个抵押权，抵押权人依法实现抵押权的时候，如何在多个债权人之间公平分配抵押物的变价处分所得的价款便成为不可或缺的法律制度。本条规定的重要性就显而易显了。

案例48:抵押权竞存时的处理。

【案情简介】

被告赵某系天山食品厂的业主,2006年5月6日,赵某因经营食品厂资金不足,向市建行借款20万元,定于2007年7月4日归还,但赵某到期无力偿还。2007年11月25日,双方签订了一份贷款抵押协议书,约定赵某所欠20万元贷款定于2008年3月3日归还,利息按逾期利率的0.99%计算,赵某愿将食品厂的厂房以21万元的价值抵押,并且办理了抵押物登记。

另外,赵某于2006年8月20日借张某10万元也一直未还。双方在2007年11月30日结算,赵某出具了一张欠条,双方约定月利率为2%,本息合计欠12万元,定于2007年12月30日归还,赵某自愿将食品厂的厂房折价12万元作抵押并办理了抵押登记。期限届满后,张某催讨不着,诉至法院,经法院主持调解,双方于2008年5月4日达成协议:(1)赵某归还张某借款及利息12万元,分两期归还,第一期定于2008年5月30日归还8万元,第二期定于2008年8月底付清;(2)如第一期未按期归还,赵某自愿将食品厂的全部财产折抵给张某。市建行因贷款到期催讨不着,遂于2008年6月2日诉至法院,请求法院判令被告偿还20万元贷款本金及利息。

【关键证据】

赵某与市建行签订的借贷合同和抵押协议,赵某与张某签订的抵押合同,赵某出具的借条,赵某与张某之间的调解协议,赵某食品厂的厂房的权属证书。

【举证指导】

本案的抵押物是食品厂的厂房,在该抵押物上存在两个抵押权。

赵某与市建行签订的借贷合同以及赵某对张某出具的借条都是主合同,证明着市建行和张某的合法债权。两份抵押合同(协议)是从合同,证明市建行和张某对食品厂的厂房都有抵押权,对该抵押物均具有优先受偿权。因我国物权法对厂房这类不动产实行"登记生效主义",所以查阅厂房的权属证书就可知道两个抵押的登记时间,从而依我国物权法第199条的规定,判定清偿顺序。本案中,就同一厂房,市建行的抵押权设定在先,张某的抵押权设定在后,市建行的抵押权自应取得优先于张某的序位,纵有赵某与张某的调解协议,亦不能侵犯市建行的抵押权。

八、浮动抵押权

我国物权法第181条规定:"经当事人书面协议,企业、个体工商户、农业生产经营者可以将现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品抵押,债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形,债权人有权就实现抵押权时的动产优先受偿。"本条规定了浮动抵押权。物权法第189条规定"应当向抵押人住所地的工商行政管理部门办理登记。抵押权自抵押合同生效时设立;未经登记,不得对抗善意第三人",而且还规定浮动抵押"不得对抗正常经营活动中已支付合理价款并取得抵押财产的买受人"。这是浮动抵押中的登记制度。物权法第196条则规定了四种情形使浮动抵押的标的物确定:(一)债务履行期届满,债权未实现;(二)抵押人被宣告破产或者被撤销;(三)当事人约定的实现抵押权的情形;(四)严重影响债权实现的其他情形。随着商品经济的发展,为了满足企业融通资金和正常经营活动不受债权担保的双重目标,上述三个法条完整地规定了我国物权法上的浮动抵押权制度。

案例49:浮动抵押权下,如何实现抵押权。

【案情简介】

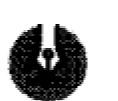
河南省郑州市明光福利果品加工厂(以下简称明光果品厂)是当地一家以农产品深加工为主要经营业务的私营企业。特别是利用当地盛产红枣的资源优势,开发生产出的"枣片"、"枣泥"、"枣饮料"等产品,市场上十分畅销。秋天明光果品厂为了多收购原材料红枣,欲向其所在地老鸦陈乡的农村信用合作社贷款200万元人民币。

经过双方协商,老鸦陈乡农村信用合作社同意贷款,贷款期限1年,但是要求明光果品厂提供担保。于是,明光果品厂提出,要以自己一套从德国进口的流水生产线和工厂的两个仓库中的原材料、产品为抵押。明光果品厂的全部原材料和产品都在这两个仓库中存放,其中一个仓库储存的是原材料,另一个仓库储存的则是产品。这些物品由于都是企业生产经营必需的物品,所以明光果品厂要求信用合作社同意这些物品能在正常的生产经营中流转,而企业要保证这两个仓库中始终会存放有一定价值的物品。由于果品厂的经营效益一直很好,仓库中确实经常能够有相当的货物存放,并且原材料和产品都会按时入库。经过考察,信用合作社表示同意接受明光果品厂的浮动抵押请求,双方又签订了抵押合同,并且向当地工商管理局进行了登记。

合同订立后,信用合作社立即派遣其职员张志和李强常驻明光果品厂看守仓库,每次原材料和产品进出都要由二人核查并记录在案,并且定期向信用合作社汇报。

半年后,由于该厂的经营人决策失误,严重亏损,极有可能资不抵债。此时,仓库中的原材料等物品也日渐出多入少,总价值日渐降低。得知此事老鸦陈乡农村信用合作社一方面立即命令张、李二人马上封库,不许产品和原材料出门,另一方面,立即通知明光果品厂要求其要么归还贷款,要么另外提供相应的资金担保。此时,明光果品厂实在是

没有资金归还，也难以再提供担保，于是信用合作社诉至法院要求实现其抵押权。



【关键证据】

明光果品厂与信用合作社签订的借贷合同和抵押合同，张志和李强提供的仓库进出记录。

【举证指导】

本案是典型的浮动抵押权案例。明光果品厂与信用合作社签订的借贷合同和抵押合同都是双方真实意思的体现，都是合法有效的。可以证明信用合作社的债权人和抵押权人的身份，也是信用合作社可以诉至法院要求实现其抵押权的证据。依据物权法第 189 条的规定，本案信用合作社的抵押权经过登记，已经成立。后来，企业经营出现问题，严重亏损，并且作为抵押物的原材料和产品总量也日益减少，这就危及到了合作社的债权。张志和李强提供的仓库进出记录可以作为信用合作社要求明光果品厂要么归还资金、要么提供担保的依据。这完全是按照物权法第 193 条抵押权保全的制度要求的，所以，合作社有权利要求明光果品厂追加担保或者提前清偿债务，以保全债权。但是明光果品厂既不履行债务，也不提供担保，就使得信用合作社通过诉讼实现自己的合法权利。就上述证据的支持，其抵押权会得到法院的支持，就抵押合同中规定的抵押物——生产线和仓库中现存的物品折价或者变卖得以优先受偿。

在我们日常的生活中，使用浮动抵押应该十分小心，能避免使用此项制度尽量不使用，最好使用一般担保制度。这一点在本案中，很容易看出。在浮动抵押权实行之前，企业仍可自由处分其财产，如在债权届满期之前企业财产急速减少、企业经营状况严重恶化，都将增大抵押权人的风险，影响浮动抵押权的实现，甚至使债权人设立担保权的目的落

空,对债权人极为不利。案件中,信用合作社派出两名人员,常驻明光果品厂的事实,同样向我们昭示,动产浮动抵押权比一般抵押权的经济成本要高,适用时必须仔细衡量。

九、最高额抵押权

(一)最高额抵押权概述

我国物权法第 203 条规定:"为担保债务的履行,债务人或者第三人对一定期间内将要连续发生的债权提供担保财产的,债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形,抵押权人有权在最高债权额限度内就该担保财产优先受偿。最高额抵押权设立前已经存在的债权,经当事人同意,可以转入最高额抵押担保的债权范围。"本条规定了最高额抵押权。最高额抵押权是为了解决经济生活中连续性交易的债权担保问题而产生的特殊抵押权制度。

案例 50:如何实现最高额抵押权。

【案情简介】

某水泥公司从 2006 年初开始向某建筑公司供应水泥,就每批供应量,签订了好几个合同。5 个月过后,水泥用量大幅上升,再分批签合同太杂乱。水泥公司就向建筑公司提出,干脆签一个总合同,以 1 年为期,请建筑公司估计一下全年的水泥需求量,并以相应的几座建筑物及所占范围的建设用地使用权作抵押,5 月前的几个合同也并入这个总合同。建筑公司同意,双方就签了这样的总合同,只是在 10 月间应水泥公司制订生产计划的需要,建筑公司对年底前的水泥需求量做过调整。转眼到了年底,建筑公司的工程款结算很不顺利,因而也无法清偿水泥公司的贷款。水泥公司资金周转出现困难,万般无奈之下,把建筑公司推上被告席,要求实现其抵押权。

【关键证据】

水泥厂与建筑公司签订的最高额抵押合同

【举证指导】

本案是典型的涉及最高额抵押的合同。本案中,由于水泥公司要连续向建筑公司供货,所以在一定期限内,约定最高债权额及相应的抵押财产,签订一个总合同是符合法律规定的。这就使得本案中,最高额抵押合同作为证据具有了合法性,这是证据具有证明力的前提和基础。本案因为有了最高额抵押合同,权利义务关系明确,案件事实清楚,使得法院适用简易程序审理此案有了条件。在证据提出后,经过质证,法院将依据该合同认定抵押权的存在和合法,从而赋予合同强制执行力。

所以在日常生活中,树立法律意识,对争议事项签订一个权属明确清晰的合同是很有必要的。

(二)最高额抵押权中,主债权的转让

我国物权法第204条规定:“最高额抵押担保的债权确定前,部分债权转让的,最高额抵押权不得转让,但当事人另有约定的除外。”本条规定的是最高额抵押所担保债权的让与。本书前面已经论述,担保物权具有从属性,也就是说,主债权让与时,其上所依附之担保物权亦随之转移。但是该从属性原则在最高额抵押担保中将有所限制。这是因为最高额抵押权所担保的债权系将来发生的不特定债权,在债权确定之前,最高额抵押权所担保的债权范围以及债权数额都尚未确定,所以,基于基础关系所产生的债权可以增加或者减少,也可以转让,最高额抵押权不受影响。概言之,最高额抵押权独立于每个具体债权,但是从属于债权所产生的基础关系。

案例51：债权确定前，部分债权转让的，最高额抵押权不得转让。

【案情简介】

同上述案情，只是在水泥公司作为原告提起诉讼之前，水泥公司因不能及时清偿燃料有限公司的燃料款，提出将对建筑公司的部分债权转让给燃料公司，双方对此转让签订了合同。燃料公司提出债权需要担保，就要求水泥公司把其对建筑公司的最高额抵押权转让给它。水泥公司不同意，燃料公司就将水泥公司告上法庭。

【关键证据】

水泥厂与建筑公司签订的最高额抵押合同，燃料公司与水泥厂的债权转让协议。

【举证指导】

本案中，燃料公司的要求不能得到法院支持。最高额抵押权是最高额债权的担保。如果部分债权与最高额抵押权一同转让，而出让人因债权没有确定，债权仍在发生，却丧失了最高额抵押权，势必不利于债权的实现。然而，如果燃料公司与水泥厂的债权转让协议能作为证据证明双方约定可以一同转让是可以的，毕竟，当事人的意思自治优先于法律规定。

案例52：债权确定后，最高额抵押权一同转让。

【案情简介】

2004年9月，某股份有限公司与工行某支行签订最高额抵押合同，某股份有限公司将其房地产抵押给工行某支行，为该公司2003年12月23日至2007年9月21日期间在工行某支行的950万元贷款限额内提供抵押担保，并于当天在房地产管理局办理了抵押登记手续。2005

年 4 月 4 日，该公司又与工行某支行签订最高额抵押合同，将其车床、生产线等生产设备抵押给工行某支行，为该公司 2005 年 4 月 4 日至 2008 年 1 月 3 日期间在工行某支行的 270 万元贷款限额内提供抵押担保，并于当天在某工商行政管理局办理了抵押登记。

2006 年 10 月，因工行某支行被依法撤销，故工行某支行与某信用联社签订《关于交换工行某支行存款和部分信贷资产业务的框架协议》，约定工行某支行将其存款和部分信贷资产业务移交给某信用联社。其中，工行某支行将向债务人某股份有限公司发放的最高额抵押贷款 1177 万元也一并转让给了某信用联社，双方依约进行了交接和付款，工行某支行将协议约定的信贷资产及相关合同、借据、抵押手续等资料移交给了某信用联社。转让后，债务人某股份有限公司向某信用联社支付利息 452358.56 万元，但未偿还本金。

2008 年 3 月，原告某信用联社将某工商银行作为被告诉至法院称，根据最高额抵押合同的主债权不得转让的法律规定，被告下属某支行转让债权的行为无效，请求依法确认债权转让无效，并判令被告返还 1177 万元。

被告辩称，该债权已经特定，转让有效。请求驳回原告的诉讼请求。

【关键证据】

某股份有限公司与工行某支行签订的最高额抵押合同和工行某支行与某信用联社签订的债权转让协议。

【举证指导】

本案中，最高额抵押权所担保的债权转让时，原债权人工行某支行已被依法撤销，不可能向债务人再行发放贷款，双方所签协议中已明确约定某信用联社只行使借款人的债权，被担保的债权不再有发生变化

的可能性;而且双方在签订转让协议时,已对最高额抵押权所担保的在此前期间连续发生的债权确定其债权总额为1177万元,并将最高额抵押权一并转让,即最高额抵押权与其基础合同同时进行了转让。由此可见,本案的最高额抵押权所担保的债权因双方签订转让协议时确定了具体的总数额,已经实际上确定,其变动性亦随之消失,抵押担保的债权已有不特定债权转变为特定债权,最高额抵押权已转变为普通抵押权而从属于确定的债权。由此可见,在诉讼中,被告工商银行提供的债权转让协议是作为抗辩证据使用的,用来证明债权已经特定。

第九节　质　　权

一、质权概述

我国物权法第208条规定:"为担保债务的履行,债务人或者第三人将其动产出质给债权人,债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现质权的情形,债权人有权就该动产优先受偿。"依据我国物权法第208条第2款的规定,在质权关系中,提供担保财产的债务人或第三人,称为出质人;债权人为质权人;交付的动产为质押财产。更确切地说,这条是有关动产质权的定义。其实,质权的标的物既可以是动产也可以是权利(物权法第223条对此有所规定,有关权利质权的内容将在本节后面的论述中提到)。从上述论述来看,质权首先是一种担保物权,具有从属性等一切担保物权的特性。

(一)主债权时效届满后的质权实现问题

案例53:主债权时效届满后2年内不行使质权,质权消灭。

【案情简介】

原告:方甲;被告:中国工商银行某支行;第三人:钟某、方乙

1995年1月11日和1995年7月20日,方乙、钟某分别与中国工商银行某支行(以下简称工行支行)签订格式借款合同,借款10000元和5000元,借款期限都是6个月。借款合同约定"到期不能归还贷款方的贷款,贷款方有权处理抵押品,借款方到期如数归还贷款的,抵押品由贷款方归还借款方"。方甲分别在两个合同的贷款申请表担保人栏签字画押,并将其所有账号为0028的面值10000元的三年期国库券和账号为1631的三年期5000元存单交给工行支行保管。

借款期限届满后,方乙、钟某没有归还工行支行的贷款人本息。方甲质押的国库券和存单到期后,工行支行分别于1997年5月25日和1999年8月3日将上述国库券及存单本息兑现共计21101元,抵扣方乙、钟某的欠款。至1997年5月25日止,方乙的借款本息共计14222.18元,至1999年8月3日止,钟某的借款本息共计9007.14元,两项合计23229.32元。方甲知悉后于2002年6月12日提起诉讼,认为,抵押期限届满后工行支行未依约定和法律规定向方甲主张权利,也不在有效的诉讼时效期间内向方甲提起诉讼,因此,方甲依法已免除保证责任,同时,工行支行也丧失了实体上的胜诉权,工行支行处置方甲的存单侵犯了方甲的合法权益。故方甲请求法院判令支付返还账号16310028存款单的存款15000元及利息。

【关键证据】

方乙、钟某分别与工行支行签订的格式借款合同。

【举证指导】

本案虽然发生在物权法生效之前,但以下分析将依据物权法规定。本案中,方甲提供的方乙、钟某分别与工行支行签订的格式借款合同是作为主债权的证据证明主债权的存在及有效。需要说明的是,本案中,尽管在借款合同的约定中出现了"抵押"字样,而且方甲自认为其承担的是保证责任,但一是由于本案法律关系的标的是表征特定权利的有价证券,对此只能出质,不能设定抵押权;二是由于双方采取的公示方法是交付标的物,而非登记;三是由于双方约定交付特定财产并就该财产偿还债务,因此可排除人保,是典型的物保。所以,本案当事人之间形成的法律关系是质押关系,而非抵押和保证。这是法院审判人员对证据进行综合的审查认定,对法律关系判断的结果。

对于当事人超过诉讼时效起诉的,最高人民法院在《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第153条中规定:"当事人超过诉讼时效期间起诉的,人民法院应予受理。受理后查明无中止、中断、延长事由的,判决驳回其诉讼请求。"可见,诉讼时效届满后,义务人债务变成自然债务,权利人仍享有实体权利。债权人丧失的是胜诉权,不是实体权。债权人接受债务履行所获利益并非不当得利,而是应受法律保护的合法清偿。我国民法通则第138条规定:"超过诉讼时效,当事人自愿履行的,不受诉讼时效限制。"最高人民法院在《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》第171条中也规定:"过了诉讼时效期间,义务人履行义务后,又以超过诉讼时效为由反悔的,不予支持。"本案中,本案的主债权虽然因为诉讼时效届满而产生了抗辩权,其效力大为减损,但该实体权利依然存在,债务人可以自愿履行,不得反悔;债权人的诉权也没有消灭,其有权提出诉讼,且法官在裁判中不得主动援引时效作出败诉判决。所以,司法实务中,援引诉讼时效作为抗辩理由和证据,对自身的有利性是有限的。

（二）抵押权与质权的竞合及其处理

我国物权法上，承认动产抵押权，但不承认不动产质权。因此在我国现行立法框架下发生的抵押权和质权竞存，只可能是动产抵押权和动产质权的竞存。本书所讨论的抵押权和质权的竞存亦是指动产抵押权和动产质权的并存。

案例54：同一标的物，先质押再抵押的处理。

【案情简介】

某农村信用社、某商业银行均是某酒业集团公司的债权人。2001年12月12日，酒业集团公司与农村信用合作社签订一份金额为550万元的质押担保借款合同，质物为公司所有的调味酒181吨、散酒305吨。合同签订后，即将质物转移给农村信用合作社占有。2002年1月11日，酒业集团公司与商业银行签订一份金额为280万元的借款合同、抵押合同，抵押物也为公司所有的调味酒181吨、散酒305吨。同时申请县工商行政管理局办理动产抵押物登记，县工商行政管理局审查后于同年3月13日向酒业集团公司、商业银行颁发了工商抵(2002)字第002号抵押登记证。上述抵押合同与质押合同所规定的担保物相同，均是酒业集团公司所有的调味酒181吨、散酒305吨。后农村信用合作社、商业银行与酒业集团公司因债务清偿问题发生纠纷，诉至法院。法院判定商业银行就酒业集团公司的担保物享有优先受偿权。农村信用合作社后以抵押登记侵犯其优先受偿权为由，以县工商行政管理局为被告向法院起诉，请求撤销该抵押登记。

【关键证据】

酒业集团公司与农村信用合作社签订的质押担保借款合同，酒业集团公司与商业银行签订的借款合同和抵押合同，县工商行政管理局发放的抵押登记证。

【举证指导】

本案发生在物权法实施之前,法院判决的法律依据是《担保法解释》第79条第1款"同一财产法定登记的抵押权与质权并存时,抵押权人优先于质权人受偿"的规定。而我国物权法对动产抵押权统一采取登记对抗主义,上述《担保法解释》的"法定登记的抵押权"规定就动产而言即不存在,上述条文在我国物权法施行后,也失去了意义。所以,下文的论述采用物权法的规定,处理结果会与上述案例大相径庭。

本案中,酒业集团公司与农村信用合作社签订的质押担保借款合同是双方真实意思的体现,所以合同成立并生效。这就可证明农村信用合作社既是债权人,又是质权人的双重合法身份。法院理应支持其债权,使其受清偿,也应支持其质权,使其优先受偿。但是在本案中,在质权出现后,又出现了一个抵押权。抵押权也是担保物权,也具有优先受偿的效力。这就与质权产生了冲突和竞合。本案中的抵押权也是可以用抵押合同和抵押登记来证明权利的正当性和合法性的。根据现行物权法的规定,动产质权的公示方法为交付(下文将要论述),动产抵押权的公示方法为登记,但登记仅具有对抗效力。物权法并未规定交付与登记的优劣性,所以成立在先的质权可以优于抵押权。

在实践中,因为法律并未否定先质后押,这种现象也是大量存在的。需要说明的是,类似于县工商行政管理局进行动产抵押登记的行为经常会引起行政诉讼案件,就如同本案情的发展。但是,县工商行政管理局进行动产抵押登记的行为,并不侵犯优先受偿权。因为,县工商行政管理局作为登记机关之一,在进行动产抵押登记时,履行的仅是形式审查义务,也就是说,其审查的是申请登记人是否具有处分权,是否有权利要求登记。而并无实质审查当事人双方交易关系的职责。所以,起诉登记机关的案件往往以原告败诉而终。

二、动产质权

(一)动产质权的设立

1．动产质权的成立要件——交付

我国物权法第212条规定:“质权自出质人交付质押财产时设立。”该条是有关质权生效要件的规定。动产质权的设立、变更和消灭均属于物权变动,依法应当满足物权变动的要件。动产物权变动除了当事人之间的合意之外还需要有动产之交付,才能发生效力。质权的担保机能在于质权人通过占有属于债务人或者第三人提供的财产,对债务人形成心理压力,敦促其尽快履行自己的债务,而到债务履行期届至,债务人仍未履行的,质权人还可以将占有的动产加以变价处理以优先受偿。需要说明的是,交付的方式不仅局限于现实交付。民法上说的简易交付和指示交付均可以在质押交付时使用。简易交付是指在买卖合同订立之前,动产受让人已经实际占有该动产的情形,动产所有权自合同生效之日起已转至买受人。指示交付是指在买卖合同订立前,出让人的动产被第三人占有,出让人将返还请求权转让给买受人,并告知占有人向买受人交付该动产。比照此,简易交付情形,质权自质权合同生效之时发生效力。指示交付的情形质权自出质人的设质通知到达第三人时发生效力。

案例55:质物未交付,质权不成立。

【案情简介】

个体户李文宾想要开办一家饭店,由于缺少资金,就和被告孙战武协商并签订了一份借款合同,约定向孙战武借款4万元,期限1年,利息15%。协议还规定,由李文宾将自己经常骑乘的一辆高档摩托车交给孙战武作为担保。

合同签订后,孙战武就通知李文宾带上摩托车去孙家取款。李文宾声称该摩托车被一个朋友借走了,过几天才能还回来,现又急需现

金,请孙将钱借给他,如果到期不还,摩托车由其处理。于是孙战武交给了李文宾现金4万元。此后不久,李文宾由于经营不善,严重亏损,又将摩托车交给了原告马万成做质押,向马借款3万元。

孙战武得知此事后,认为李文宾在欺骗自己,遂要求李文宾马上交付摩托车,否则就要解除合同。李文宾要求宽限几日,孙战武不同意,表示要将摩托车折价抵偿。李文宾无奈,只好讲明摩托车在马万成处,并表示如果马万成同意,摩托车随他处理。于是,孙战武找到了马万成索要摩托车,但是遭到拒绝。孙战武认为自己设质在先,强行将摩托车开走。马万成不服,就告上法庭,请求判定孙战武返还摩托车。

【关键证据】

李文宾和孙战武签订的借款合同及担保条款,李文宾与马万成的质押合同。

【举证指导】

本案中,孙战武虽然和李文宾签订了质押担保合同,但是由于孙战武并没有占有出质的财产——摩托车,所以质押合同并没有生效,孙战武并没有获得合法的质权。但是相比之下,马万成和李文宾虽然订立合同的时间在后,但是由于其已经转移了质物的占有,故而马万成取得了合法的质权。其债务没有清偿之前任何人不可侵犯其对摩托车的占有。孙战武强行骑走摩托车是一种侵权行为,马万成有权利请求其返还该车。当然,孙战武虽然没有取得质权,但是他和李文宾的借款合同是合法有效的。他仍然可以向李文宾请求偿还,只是不能通过拍卖、变卖摩托车优先受偿。

本案中,孙战武提供的其与李文宾签订的借款合同及担保条款是作为抗辩证据出现的,用来证明自己享有债权和质权。尽管其提供的证据具有合法性和关联性,却因为法律的强制性规定而不能证明其主

张的事实——他享有成立在先的质权。于是他就要承担不利的后果。原告马万成提供与李文宾的质押合同则可证明他的质权成立并生效。当然,因为李文宾和孙战武签订的借款合同是两人真实意思的体现,且无法律的强制性规定,是有效的,是可以证明债权的正当性的。所以,尽管孙战武没有取得质权,但他基于合法有效的债权,仍然可以向李文宾请求偿还,只是不能通过拍卖、变卖摩托车优先受偿而已。

通过本案,需要提醒各位读者的是,日常生活中,经营业务时,当我们确实决定使用质押手段融资,记住一点非常重要:要取得合法有效的质权,出质的财产一定要交付。

2. 禁止流质

我国物权法第211条规定:"质权人在债务履行期届满前,不得与出质人约定债务人不履行到期债务时质押财产归债权人所有。"该条明确禁止了流质条款。其实,流质条款和非流质条款的区别在于是否有将质押财产折价的过程。如排除了此过程,直接归属债权人,则属于流质条款。该项禁止旨在公平原则的贯彻。设立质权的目的在于担保主债权的实现,债务人由于担负着未履行之债务在设立质权时往往处于劣势,法律作此规定是为了避免其因出于一时之需而贸然同意流质条款而致自己的利益遭受损害。应当注意的是,流质条款之禁止应当是指债务履行期届满前当事人订立流质条款的情形。对于债务履行期届满,债务人不履行债务,质权人依法得以主张质权时,法律规定质权人可以与债务人协商将出质财产予以折价受偿。此外,流质条款无效,只是该条款本身无效,并不影响质权合同其他条款的效力。

案例56:流质契约之禁止。

【案情简介】

2005年4月11日,某水产养殖场因经营之需向鲍某借款4.2万元,双方约定:月息为2.5%,2006年下半年归还3.5万元,余款本息于

2007年下半年还清；如不能按时偿还，水产养殖场以其所有的一辆广州本田汽车抵偿债务，且已把广州本田汽车交付给鲍某。借款到期后，水产养殖场未能归还，鲍某诉讼至法院，要求水产养殖场办理过户手续。水产养殖场认为所签订的质押合同不公平，拒不协助办理。后在法院的调解下，双方达成了以广州本田汽车折价抵偿的协议，双方依约办理了过户手续。

【关键证据】

某水产养殖场与鲍某签订的借款及质押合同。

【举证指导】

本案中，某水产养殖场与鲍某签订的借款合同是双方真实意思的体现，真实而有效，故鲍某享有应受法律保护的债权，某水产养殖场负清偿义务。这点可以在对借款合同的质证中得以证明，成为法官认证和作出判断的基础和依据。实践中，因为债务人与质权人缔约之时，经济地位并不绝对平等，双方当事人的立足点并不公平，所以此时签订“不能清偿，则质押物归质权人所有”的条款，显然有失公平，所以我国物权法规定了流质条款无效。这是法律的强制性规定，在此规定下，债务人不必再以“公序良俗”原则，对“流质条款”负举证责任，不必再担心如若举证不能，其撤销或无效的主张得不到法院的支持。

其实，司法实践中，流质条款与质押财产折价协议的区分应以合同达成的时间为标准：凡是在债权已届清偿期后达成的协议，为抵押财产折价协议；相反，凡是在债权尚未届清偿期之前达成以债务人不履行债务时直接转移质押财产的所有权为内容的协议则为流质条款。需要注意的是，流质条款不一定于质权设定时签订。在担保合同成立后被担保债权到期前签订的，以直接转移质押财产所有权、排除折价为内容的条款，都可能成为流质条款而无效。

（二）动产质权的效力

1．动产质权的担保范围

如前所述，动产质权也是一种担保物权。根据我国物权法第173条的规定，“担保物权的担保范围包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产和实现担保物权的费用。当事人另有约定的，按照约定”，动产质权也担保着上述债务。也就是说，质押财产拍得款要按以上内容支付给质权人。

案例57：质押财产拍得款的给付。

【案情简介】

某乡建筑有限公司南苑小区项目经理部的职工没钱回家过年。开发公司说年前资金很紧，实在没有办法，但保证节后两个月内付进度款。但是职工都着急回家过年的路费。项目经理走投无路，就打起了现场材料的主意。

他们就找到了一家建筑有限公司，对方把价砍到了原价的1/3。经理想，这样低的价，卖掉实在太可惜了；但可以质押给建筑有限公司，反正节后要赎回。于是，双方签了质押合同，对方派人接管了材料，且签订了质押借款合同，内容如下：

（1）质权人借给出质人人民币2万元整，年息20%；

（2）出质人以30吨钢材，10吨水泥质押给质权人；

（3）合同自质权人接管以上质押财产时生效，生效后两个月内若不能还清本息，满两个月后质权人就可以拍卖质押财产，以拍得款偿债；

（4）违约者将赔偿给对方违约金1万元整。

可是，两个月后，开发公司仍没有把工程进度款付给某乡建筑有限公司南苑小区项目经理部。项目经理部于是没能按时还清建筑有限公司的贷款，并对建筑有限公司说责任不在他们而在开发公司，所以建筑有限公司不能拍卖钢材和水泥。建筑有限公司无奈之下，把某乡建筑

有限公司南苑小区项目经理部告上法庭,要求实现质押权。后经过法院调解,某乡建筑有限公司南苑小区项目经理部同意拍卖质押的钢材和水泥,但对拍卖所得的价款清偿又产生了分歧。

【关键证据】

建筑有限公司与某乡建筑有限公司南苑小区项目经理部签订的借款和质押合同,支付给保管人的工资收据,评估、拍卖费用的发票。

【举证指导】

本案最终的争议点落在了质押权的担保范围上。有关担保范围的规定,是当事人的约定效力大于法律规定,约定优先,约定排除法定的适用。司法实践中,当事人有的约定物权法第173条规定的五项之外的其他债权作为担保范围,有的将上述五项中的某些项目排除在担保物权担保的范围之外。本案中,当事人没有就担保范围作出约定,只能遵从物权法第173条的规定。原告建筑有限公司可以提供借款和质押合同原件主张主债权的清偿,并要求支付利息与违约金,因为合同的证明力,会得到法院的支持。还可以以支付给保管人保管费的收据和评估、拍卖费用的发票作为要求保管担保财产费用的依据,被告(出质人)可以对收据和发票的真实性提出异议,进行质证,还可提出反驳的证据,必要时原告可申请法院传保管人来法院作证,提供证人证言。法院将在认证过程中,对证人证言这种间接证据,结合其他证据作出认证和判断。

2. 保管质押物和紧急变价质押物的规定

对于保管质物的规定,见于我国物权法第215条的规定:“质权人负有妥善保管质押财产的义务;因保管不善致使质押财产毁损、灭失的,应当承担赔偿责任。质权人的行为可能使质押财产毁损、灭失的,出质人可以要求质权人将质押财产提存,或者要求提前清偿债务并返

还质押财产。”质权人直接占有和管领出质财产，在质权存续期间，享有对出质财产进行留置的权利，所以质权人理应妥善保管出质财产。

对于紧急变价质押物的规定，见于我国物权法第216条的规定："因不能归责于质权人的事由可能使质押财产毁损或者价值明显减少，足以危害质权人权利的质权人有权要求出质人提供相应的担保；出质人不提供的，质权人可以拍卖、变卖质押财产，或者并与出质人通过协议将拍卖、变卖所得的价款提前清偿债权或者提存。”

案例58：对质押财产保管不当的赔偿，紧急情况下对质押财产的处理。

【案情简介】

案情同上例。不同的是，某乡建筑有限公司南苑小区项目经理部两个月后打算清偿债务。快到两个月期限时，项目经理部派人返回工地一看，钢材锈迹斑斑，那些锈蚀严重的除锈以后只能降级使用；而水泥全不见了。建筑有限公司说，春节前后连日大雨，水泥已开始板结，在几次联系项目工程部都不能联系上的情况下，只好赶快卖掉。并且有发票为证。项目经理部认为建筑有限公司一没有尽到保管义务，二对其出质的质押物擅自处分，侵犯了其对质押物的所有权，把建筑有限公司告上了法庭，要求对钢材的损失和擅自处分水泥的损失予以赔偿。

【关键证据】

建筑有限公司与某乡建筑有限公司南苑小区项目经理部签订的借款和质押合同，钢材的除锈费及降级使用的损失，钢材损坏现场的照片。

【举证指导】

本案中的借款和质押合同是基础合同，是整个事件发展的起点，项

目经理部充当原告的依据是因为直接的利害关系。至于钢材的损坏,原告可以自己取证,通过拍照片、找证人的方式,提供书证和证人证言,来证明损害事实的存在及损害事实的发生不是因为客观原因,而是因为质权人的过错(能尽善良保管人的义务而未尽),从而让法院根据证据连成的证据链的证明力来认定质权人的过错与损害事实的发生之间存在因果关系,从而支持原告赔偿钢材损失的诉讼请求。至于原告所主张的赔偿擅自处分水泥的损失,法院则不会支持。一是因为情况紧急,且是不可归责于债权人的事由;二是因为处分水泥的目的是为了减少质押物的损失,是为出质人考虑的,所以不应对处分水泥的损失予以赔偿。建筑有限公司还可提供电话的账单明细来证明其在处分之前,已履行了通知义务。

3. 转质

我国物权法第217条规定:“质权人在质权存续期间,未经出质人同意转质,造成质押财产毁损、灭失的,应当向出质人承担赔偿责任。”质权设定后,出质人需转移对质押财产的占有,而失去对质押财产的利用权;而质权人在质权存续期间,虽得占有和留置质押财产,但是依据物权法第215条的规定,质权人不得使用质押财产。因此在质权存续期间,该质押财产实际处于闲置状态。为了实现物尽其用的目的,民法上规定有转质制度。即质权人为了自己或者他人的债务,得将该质押财产再度设立新的质权给第三人。

案例59:承诺转质。

【案情简介】

原告魏扬名和被告王顾云都是生意人,平时业务上的往来较多。一次,魏扬名需要一笔资金,就向王顾云提出借款6万元人民币,约定借款期限为3个月,借款的利率是月利20‰。同时,双方订立的合同中还明确规定,魏扬名用其所有的捷达轿车一辆作为质押担保。协议签

订后,魏扬名就将汽车开至王顾云家,移交给了王家占有,并由其保管。

过了1个月,王顾云同样遇到资金问题。于是,就要求魏扬名提前还款,魏扬名则说借款的期限未到而拒绝还款。王顾云无奈,只有向自己的邻居——另一被告徐德谅开口借钱。二人协商完毕,徐德谅答应借给王顾云5万元人民币,借款期限为两个月,而王顾云将魏扬名的汽车给徐德谅,并签订了质押协议。其实徐德谅知道这辆汽车本是魏扬名出质给王顾云的,但是,他并没有提出异议;于是,王顾云就将这辆汽车转移给了徐德谅占有,并且要求给自己出具一张收据。

不久,两个债权都到了期限,而魏扬名和王顾云都没有偿还自己所欠的借款。此时,徐德谅扬言要拍卖汽车,魏扬名则出面阻止。为此各方发生纠纷,魏扬名将王顾云和徐德谅告上法庭,请求法院替自己追回汽车。

【关键证据】

魏扬名和王顾云签订的借款合同和质押条款,徐德谅与王顾云签订的借款合同和质押协议,徐德谅收到汽车的收据。

【举证指导】

根据前面对转质的概述,王顾云的行为属于转质。对此的规定,除了上述物权法第217条的规定,还有最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第94条:“质权人在质权存续期间,为担保自己的债务,经出质人同意,以其所占有的质物为第三人设定质权的,应当在原质权所担保的债权范围内,超过的部分不具有优先受偿的效力。转质权的效力优于原质权。”上述两个条款都明确规定了“出

质人同意”,可见,我国物权法明确承认了“承诺转质”制度。[①]

魏扬名和王顾云签订的质押条款是原质权有效存在的证据,徐德谅与王顾云签订的质押协议是转质行为发生的原因,徐德谅收到汽车的收据是发生转质行为的依据。王顾云是连接两个质押关系的纽带,她既是前一个质押关系的质权人,又是后一个质押关系的出质人,对于其提供的证据,也具有双重证明效力。

关于本案,有一点需要特意补充说明,就是“徐德谅知道这辆汽车本是魏扬名出质给王顾云的”。这就否定了徐德谅根据善意取得而获得质权的可能性。否则,如果不知道该汽车是质押的话,徐德谅完全可以依照本书“所有权篇”论述的善意取得制度获得质权,而就拍卖该汽车的价款优先受偿。只不过,在举证过程中,徐德谅要对其不知情进行证明,举证责任更重。

4. 质权人的赔偿责任

我国物权法第 214 条规定:“质权人在质权存续期间,未经出质人同意转质,擅自使用、处分质押财产,给出质人造成损害的,应当承担赔偿责任。”该条规定了质权人不得擅自用益出质财产的义务。质权是利用出质财产的交换价值来担保主债权清偿的制度,系担保物权,而并非用益物权。质权人只是依法取得在一定期限内对该出质财产的占有和留置效力,出质财产的所有权仍然属于出质人。因此质权人在质权存续期间擅自使用、出租或者处分质押财产均构成无权处分。出质人因此受有损害的,质权人应当承担损害赔偿责任;质权人就此获有利益的,应当返还给出质人,否则构成不当得利。但是在质权存续期间质权人占有质押财产,造成质押财产空置,不利于物尽其用,因此法律对此规定了例外情形,即在出质人同意的情况下,质权人得使用、出租或者

① 与承诺转质相对应的是“责任转质”。二者的区别在于出质是否要经过出质人同意。前者要求必须取得当事人同意,后者无须出质人同意而依自己的意思将质物转质于其他人。我国不承认责任转质。

处分质押财产,但是所得的收益应当归属于出质人所有。

案例60:质权人的赔偿责任。

【案情简介】

甲因资金周转困难,向乙借款8万元,借款时间为2个月。双方约定甲提供其自有的一辆农用小卡车和一辆摩托车用以设立质权,为乙的债权提供担保,甲已经将上述卡车及摩托车交付给乙,乙出具了收据。一个半月后甲因运货需要,请求乙先将小卡车返还给甲使用,乙表示同意。后乙因为急事要出行,遂使用甲质押的摩托车,在回来途中发生意外,摩托车毁损。借款到期但是甲无法返还债务,乙向甲主张质权。甲以摩托车的毁损为由,拒不交出农用小卡车。乙眼看自己的债权无法实现,便诉至法院,主张质权。

【关键证据】

甲和乙签订的借款合同和质押合同,乙收到卡车和摩托车的收据。

【举证指导】

乙向法院主张质权,根据"谁主张,谁举证"的民事诉讼举证责任分配原则,其首先要证明质权的合法存在。其向法院提交的质押合同以及收据,都有效地说明了质权的成立并生效。为法院认定质权的有无提供了基础。至于乙提供的借款合同,是为了证明乙享有合法的债权,借款合同因意思真实而成立并有效,这就决定了债权的合法性和应受保护性。

需要注意的是,本案中,乙又将质押财产返还给甲,此时乙丧失对质押财产的占有。因为在质权存续期间,质权人丧失了对动产的占有,所以乙对农用小卡车享有的质权归于消灭。实体权利归于消灭,诉讼上自无胜诉的可能,所以,乙所主张的对农用小卡车的质权不可能得到

支持。

根据我国物权法第 214 条的规定，乙擅自使用甲用以质押的摩托车，导致摩托车毁损，因此给甲造成的损失，依法应当承担赔偿责任。因为出质财产发生灭失的，质权归于消灭，所以本案中的摩托车的毁损直接导致摩托车所负担的质权消灭，故乙主张的对摩托车的质权也不会得到法院支持。甲可以基于损害赔偿请求权，向法院提出反诉，并提出摩托车的修理费用等证据主张具体的数额。

所以，在存在质押关系的日常生活中，质权人未经出质人同意而使用质押物的后果，往往是“偷鸡不成蚀把米”，作为质权人要吸取教训，善良保管，方能真正实现自己的权利。

（三）动产质权的实现

我国物权法第 220 条规定：“出质人可以请求质权人在债务履行期届满后及时行使职权；质权人不行使的，出质人可以请求人民法院拍卖、变卖质押财产。出质人请求质权人及时行使质权，因质权人怠于行使权利造成损害的，由质权人承担赔偿责任。”本条规定了出质人有请求实现质权的权利。按照质权的担保机制，在债务人不履行到期债务时质权人即依法可以实现质权以清偿自身债权。但是实践中，质权人怠于行使质权的情形亦大量存在。又因为质权实现的方式为折价抵偿债权或者拍卖、变卖出质财产并就所得价款优先受偿，质押财产的价格随着市场波动而变化，由于质权人怠于行使债权可能导致质押财产变价处理时价格下跌。因此，法律赋予出质人以自力救济权就显得格外重要。但应当注意的是，在出质人主张实现质权时应当通过法院来拍卖或变卖质押财产，而不得自行处分。一方面，固然是因为质押财产处于质权人占有之下，对质押财产的变价处理需要借助法院介入；另一方面，也是为了保障质权人的担保利益不受损害。

案例61:出质人请求实现质权。

【案情简介】

朱梦麟急需5000元进货,就把9000多元新买的摩托车交给王林,王林看着崭新的摩托车很是喜欢,就借给了朱梦麟6000元,约定半年内还清本利赎车。双方就此签订了合同。半年后,因朱梦麟对市场估计错误,所进的货滞销,基本没有销路,就没有钱还贷赎车,但是朱梦麟与别人还签有一个借贷合同,不按时还贷,要交纳1000元的违约金,所以,很希望摩托车拍卖后还王林本利而有余去还另一个贷款。但王林因为太喜欢朱梦麟的摩托车,就是拖着不办。朱梦麟无可奈何,就把王林告上了法庭,请求法院拍卖摩托车,清偿王林的债权。

【关键证据】

朱梦麟和王林签订的有质押条款的借款合同。

【举证指导】

朱梦麟到法院起诉,首先要证明他是与案件有着直接利害关系的,法院才会受理。这一点凭着借款合同就可证明。到了案件审理阶段,有质押条款的借款合同可以证明王林是适格的被告,是应该接受清偿的债权人和质权人。本案中,朱梦麟请求处置摩托车,王林拖着不办,朱梦麟就可以转而请求人民法院拍卖、变卖摩托车。如果因为王林的延误,造成朱梦麟的1000元的违约金损失,该损失应由王林承担。只不过,朱梦麟在举证时,要证明两点:一是他已经请求质权人行使质权,而王林仍怠于行使;二是他损失了1000元的违约金。前者可以通过证人证言或者被告王林的承认而得到证明,后者可以以交纳违约金的收据作为证明,这是来证明出质人所受的损害与质权人怠于行使质权存在因果关系。

三、权利质权

(一)权利质权概述

权利质权,是指出质人以财产性的权利作为标的物所设立的质权,是在权利之上设立质权,旨在通过支配该权利的价值,为债权人提供优先受偿权。根据我国物权法第223条的规定,以权利质权的标的种类的不同,权利质权的种类有:有价证券出质的质权;知识产权出质的质权和应收账款出质的质权。

案例62:权利质权的成立条件和效力。

【案情简介】

云南曲靖人程南星做生意,资金一时周转不开,想在银行申请短期贷款。于是就找到在曲靖市工商银行工作的朋友赵平钧帮忙。在赵平钧的帮助和指导下,程南星和工商银行签订了一个短期的贷款合同。合同约定:程南星向银行贷款5万元,并以一张10万元的定期存单为银行提供质押;贷款期限是1年。

一年很快就过去了,程南星找到银行提出要返还贷款,并且请求银行返还其定期存单。令他万万没有想到的是,银行告诉他,说一个月前他的贷款已经有人替他偿还,而且那张10万元的存单已经为另一个名叫赵红方的人又设定了一个质押。这个赵红方向银行贷款7万元,还没有偿还,银行因此拒绝返还程南星存单。

程南星百思不解,找到赵平钧盘问这件事情,赵平钧总是含糊其辞。程南星没办法,只好将工商银行告上法院。经法院的调查,终于真相大白。

原来,问题还是出在那个朋友赵平钧身上。赵红方是赵平钧的本家堂兄弟,由于生意上的原因也需要一笔短期贷款。于是赵红方就找到堂兄赵平钧,要其帮自己贷款7万元,6个月还清。因此,赵平钧就替

程南星提前偿还了5万元贷款，将该10万元的存折取出重新以程南星的名义将存单质押给了银行，为赵红方的贷款提供担保。

【关键证据】

程南星与工商银行曲靖支行签订的有质押条款的借贷合同，存单再次设定质权的证明（银行拒绝返还的证明书）。

【举证指导】

这是一个以存单出质的案例，有关存单出质下文将要详细论述。本案中，程南星以存单为质物担保自己的贷款，实际上是以自己的债权担保其债务，是物权法上规定的权利质权。质押合同自交付时生效。所以，程南星与工商银行曲靖支行的质押关系成立并生效。至于赵平钧以程南星的名义将存单交给银行质押的行为，应区分不同情况，同时也应提供不同的证据：如果赵平钧在出质的时候手续齐全，例如持有程南星的身份证明等，这时银行就可以基于善意取得而取得质权；但是，如果赵平钧在出质时缺乏相应的证明，银行就不能取得质权，因为对此事银行不是善意。现在我国的银行存单实行实名制，权利人行使存单上的权利必须有身份证明，这是众所周知的事实，原告无须举证，法院可以直接认定此事实的存在。所以，看银行是否享有质权，就看银行是否能提供写有出质当天日期的程南星的身份证明，如举证不能，将承担不利的后果。当然，如果银行举证不能，另有证据证明程南星知道此事后，同意或者没有表示反对的话，可以视为对出质行为的追认，从而使银行取得质权。

我们从案例中并没有发现赵平钧交付有关身份证明的情节，所以不能认定银行善意取得权利质权。因此，程南星要求银行返还存单时，银行应该满足其要求。至于银行因担保赵红方债务履行的质权不成立，这是由于银行内部原因造成的，应由银行承担由此带来的损失。

当然,就是银行因善意取得而获得质权,同样也应由银行负担程南星的损失,因为赵平钧是银行的工作人员,因其职务上的过错使人遭受损害的,银行应当向受害人承担赔偿责任。当然,银行赔偿后,有向过错人赵平钧追偿的权利。

(二)以有价证券出质的质权

1. 票据质权

票据质权是以票据权利为标的的质权。根据我国物权法第224条的规定,以汇票、支票、本票出质的,当事人应当订立书面合同。质权自权利凭证交付质权人时成立。票据质权设定后,质权人作为被背书人、持票人,已经取得完整的票据权利,但质权人尚不能真正行使票据权利,只有在主债权履行期届满未获清偿或者发生当事人约定的实现质权的情形时,质权人才能行使票据权利,即可以行使付款请求权和追索权,并就所得价款优先受偿。

案例63:不得以言明"不得转让"的汇票设立质权。

【案情简介】

原告上海华兴煤炭有限责任公司与被告恒意兴煤炭有限责任公司签订了一份购销合同,并且在合同签订后,华兴煤炭有限责任公司从开户银行民生银行某分行开出一张面额为120万元的银行承兑汇票,恒意兴煤炭有限责任公司为收款人,承兑日期为该年的12月3日。此时根据华兴煤炭有限责任公司该汇票不得背书转让的要求,民生银行将"不允许背书转让"的印章按照法定格式盖在该汇票之上。

但是,收到该汇票后,恒意兴煤炭有限责任公司非但在合同规定的期限内并没有履行供货义务,更有甚者,它还将该汇票交给第三人——民生银行某分行作为质押。民生银行某分行为确定质押汇票的真伪,就对华兴煤炭有限责任公司与恒意兴煤炭有限责任公司签订的购销合同及质押汇票进行过核实。从而,民生银行分行得知此笔质押贷款系

为恒意兴煤炭有限公司购买煤炭所贷。

审查完毕后，民生银行分行签订了质押贷款协议。协议内容为：民生银行贷给恒意兴煤炭有限公司购买煤炭货款 120 万元，并将该笔贷款划入恒意兴煤炭有限责任公司在该办事处开立的账户。恒意兴煤炭有限公司收到 120 万元贷款后，分别偿还了几笔借款与货款。

与此同时，由于超过购销合同规定的供货期限，恒意兴煤炭有限公司没有履行供货义务，也没有将汇票退还，华兴煤炭有限公司遂向人民法院提起诉讼。

【关键证据】

言明“不得转让”的面额为 120 万元的银行承兑汇票，华兴煤炭有限公司与恒意兴煤炭有限公司签订的购销合同，民生银行分行与恒意兴煤炭有限责任公司签订的质押贷款协议。

【举证指导】

原告华兴煤炭有限公司提供的其与恒意兴煤炭有限公司签订的购销合同，是双方真实意思的体现，而且合同的内容符合法律规定，是有效的。恒意兴煤炭有限公司没有履行供货义务，也没有将汇票退还，是违约行为，对此，恒意兴煤炭有限公司依法应承担违约责任。举证时提供的合同是承担违约责任的基础。

需要说明的是，本案中，民生银行某分行与恒意兴煤炭有限公司的质押行为是无效的，依据在于最高人民法院《关于审理票据纠纷案件若干问题的规定》第 53 条的规定：出票人在票据上记载“不得转让”的字样，其后手以此票据进行贴现、质押的，通过贴现、质押取得票据的持票人主张票据权利的，人民法院不予支持。

质押行为认定为无效后，质押物承兑汇票应归还出票人华兴煤炭有限公司所有。民生银行某分行贷给恒意兴煤炭有限公司的 120 万

元,均未用于购买煤炭,而是挪作他用,以上款项均从恒意兴煤炭有限公司在民生银行某分行开立的账户上支出,故民生银行某分行知道恒意兴煤炭有限公司未按质押贷款用途使用此笔贷款,亦应承担过错责任。

2. 存单质权

我国物权法第224条规定,以存单出质的,应当在合同约定的期限内将权利凭证交付质权人。质权自权利凭证交付质权人时设立。该条规定了存单质权的设立。以存单出质,其性质上为债权出质。而依我国合同法第80条第1款的规定:“债权人转让权利的,应当通知债务人。未经通知,该转让对债务人不发生效力。”所以,以存单出质,应该通知债务人——银行。司法实践中,也经常会出现存单质权设定后,出质事实未通知存款行,出质人又到存款行办理存单挂失手续,挂失期满后,即支取存单所载的款项,使质权落空而导致的质权人起诉到法院主张权利的案例。在上述案例中,存款行作为债务人不承担民事责任,因为存款行在不知存单被质押的情况下,给存款人支付存款,是履行正常的债务人的义务,没有过错。所以,存单出质的通知极有必要。而我国物权法未就存单出质的通知作相应规定,实践中出现了存单核押这一新概念。存单核押是指质权人将存单质权的情况告知金融机构,并就存单的真实性向金融机构咨询,金融机构对存单的真实性予以确认并在存单上或以其他方式签章的行为。

案例64:存单核押的效力。

【案情简介】

刘某租用市运输公司的老汽车站开办娱乐美食中心,市运输公司同意为刘某改造汽车站所需的贷款提供担保。双方于11月21日签订了担保贷款协议。协议规定:市运输公司应刘某要求,为刘某向银行贷款30万元提供担保。为此刘某将其在市信用社某分社的一张32万元

的定期存单质押给市运输公司。双方明确约定如贷款到期刘某不归还银行贷款本息，则该存单归市运输公司所有。同年12月25日，市运输公司、刘某与市信用社某分社又签订了关于把刘某的存单用于质押的协议书。协议书载明：(1)刘某将32万元的存单质押给市运输公司；(2)市信用社某分社主任贾某证实刘某在分社存款32万元，并同意其抵押给市运输公司，在刘某未归还市运输公司担保的贷款本息之前，此存单不能挂失，只能凭市运输公司财务处、总务处盖章证件及存单方能领取；(3)市运输公司收到刘某的存单，并签订此协议后才能为刘某30万元贷款提供担保。该协议签订后，运输公司拿到了存单，该存单载明：存入人民币32万元，期限3年。存单上盖有市信用社某分社和经办人的印章。次年1月至11月，市运输公司分4次为刘某在市农业银行等4家金融机构的39万元贷款提供了担保。此后由于刘某不能如期归还贷款，再次年4月25日至7月25日，市运输公司先后被划款116991.64元代偿。市运输公司在存单到期后请求兑付，但市信用社某分社拒绝兑付，为此发生纠纷。市运输公司诉至法院，要求被告市信用社某分社及其上级市信用社兑付存单本息。而被告辩称：原告诉称的存单和保证兑现的协议，是刘某为取得原告担保，与市信用社某分社的工作人员贾某密谋后对原告实施的欺骗行为。刘某与贾某因伪造存单骗取担保一案，已由检察机关处理。原告不能凭假存单要求兑现本息。

【关键证据】

刘某与市运输公司签订的担保贷款协议，刘某、市运输公司与市信用社某分社签订的三方协议，存单原件。

【举证指导】

本案中出现了实践中常见的存单核押行为。市运输公司作为原告负有举证责任，提供的三方协议证明了存单核押行为的存在。该协议

作为证据，首先可以证明存款行（市信用社）知悉存单出质的事实，排除了存款行在协议签订后支付的无过错责任；其次可证明存款行对存单真实性的确认，使存单成为具有完全权利内容的权利证书。这也就是证据制度上的对证据证明力的自认。这一点就可以免除了对该问题的质证。

本案中，市运输公司并不知道贾某与刘某恶意串通开具虚假存单的行为事实，而且贾某作为市信用社某分社的负责人对存单进行了核押，这就使市运输公司合理相信存单所载明的债权债务关系的真实性，也就是说，市运输公司取得质押存单时完全出于善意。这也是三方协议的另一个证明效力。

市信用社某分社应对其工作人员贾某虚开存单的行为承担民事责任。因为贾某系市信用社某分社的负责人，在执行职务的过程中，二者的关系是委托与被委托的关系。根据民法通则的有关规定，贾某的行为所产生的法律效果直接归属于市信用社某分社。所以，贾某滥用代理权，以市信用社某分社的名义开具印鉴齐全的虚假存单（此点可以用存单原件本身证明），并向存单的善意受让人市运输公司出具了存单的核押证明。这些行为的法律责任均应由委托人市信用社某分社承担。信用社辩称，贾某违反有关规定，私开定期存单，并对外提供担保，是个人行为，单位不应该承担连带责任的理由不能成立。具备法人资格的市信用社应对其分支机构（分社）承担相应的民事责任。法人的分支机构，是法人的组成部分。分支机构所为的法律行为，对法人直接产生权利义务，并构成整个法人权利义务的一部分。因此，市信用社某分社的法律责任，可以直接由市信用社承担。信用社履行存单兑付义务后，可以向贾某和刘某追偿。本案中，贾某与刘某恶意串通，损害被代理人信用社的利益。按照民法通则的有关规定，应由两人负连带责任，赔偿被代理人信用社的损失。

有关本案的诉讼证据，最后需要说明的是，被告信用社以刘某和贾

某伪造存单涉嫌犯罪正被刑事追究为由，拒绝承担存单的兑付责任。这种抗辩理由是不会被法院采纳的。因为民事诉讼的当事人因违法甚至犯罪行为受到司法机关的刑事追究，与市运输公司要求信用社兑付质押存单纠纷这种民事法律关系是两种不同的法律关系。而且，从诉讼过程上来说，追究刘某与贾某的刑事责任并不影响对存单纠纷案件的审理。所以信用社以此作为抗辩理由是不力的。在日常生活中，有关单位和个人也应以本案为戒，不能因执法机关或司法机关的介入，而拒绝履行对交易对方应尽的义务，从而无谓地引起纠纷或诉案，最终不得不接受败诉的结局。

3. 股权质权

股权质权，属于权利质权的一种，是指出质人以其所拥有的股权作为质押标的物而设立的质押。我国物权法第 223 条第 4 项规定了“可以转让的股权”可以出质。第 226 条“以基金份额、股权出质的，当事人应当订立书面合同。以基金份额、证券登记结算机构登记的股权出质的，质权自证券登记结算机构办理出质登记时设立；以其他股权出质的，质权自工商行政管理部门办理出质登记时设立。基金份额、股权出质后，不得转让，但经出质人与质权人协商同意的除外。出质人转让基金份额、股权所得的价款，应当向质权人提前清偿债务或提存”则规定了股权质权的生效要件。

案例 65：股权质权，公证不如登记。

【案情简介】

原告金石工程局为了一个较大项目，需要从被告九龙机械设备制造公司购买挖掘机等施工机械共计 388 台。于是，两家签订了一份买卖合同，合同总金额 6200 万元人民币。依照合同九龙公司履行交付了 284 台。此时，由于设备及维修的原因，双方决定停止执行该合同。

由于金石工程局已经交付了 6200 万元的货款，双方约定扣除 284

台的价金,九龙公司应该返还货款和利息共计 1100 万元人民币。为保证该债权的实现,金石工程局要求九龙公司提供担保。因此由第三人美华公司与金石工程局签订了“股权质押”合同,以担保金石工程局的债权。合同约定,出质人美华公司同意将其在甲公司的全部股份出质给金石工程局;债务人和出质人承担连带承诺:1 个月后向债权人偿还 100 万元,1 年后再还款 300 万元,3 年后全部还清剩余的本金和利息。如果出质人不能如期履行合同的最终还款约定,则其全部股份及其附属权益都归质权人所有,甲公司承认以上权利自然转移。甲公司出具了美华公司在自己公司内部的股份证明,同日,甲公司的董事会作出决议同意美华在其公司的股份出质。

金石工程局多次要求甲公司和美华公司提供股东名册以便登记股份质押,但是都没有得到答复。为了保险起见,金石工程局为股份质押协议和股份证明办理了公证手续。

此后,金石工程局屡屡向九龙公司催讨货款,均不见答复。无奈之下,只好起诉九龙公司要求其偿还货款和利息共计 1100 万元人民币。

【关键证据】

金石工程局与九龙公司达成的返还货款和利息的协议,美华公司与金石工程局签订的股权质押合同,甲公司出具的股份证明和决议,金石工程局为股份质押协议和股份证明办理的公证手续。

【举证指导】

金石工程局作为原告,负有举证责任,要对其主张提出证据加以证明。首先,要提供其与九龙公司达成的返还货款和利息的协议来证明其要求的得以清偿的债权是合法存在的,是正当的。其次,提供的美华公司与金石工程局签订的股权质押合同证明它是适格的质权人,可以要求在九龙公司不能偿还时,享有对股份变价的优先受偿权。本案中,

美华公司作为甲公司的股东,有权以其股份出质,并且该行为还经过了其他公司股东的同意。但是,它没有依照物权法的规定去工商管理部门登记,因此质押合同并没有生效。金石工程局因此不能取得股权质权。虽然它已经向公证部门办理了股份质押协议和股份证明的公证,但是该公证只能够证明股份质押协议和股份证明的真实性,并不是股权质权的法定公示方式。公证手续作为证据,尽管满足证据的合法性特征,但并不满足证据的关联性特征,也就是说,证据自身的内容与待证事实(质权已成立并生效)之间不存在必然的联系。所以,金石工程局提供的该项证据将不能作为证据使用。

(三)知识产权质权

知识产权作为一项有关智力劳动者对其智力创造性劳动成果依法所享有的权利,有别于一般的财产权。我国物权法第 223 条明确规定了"可以转让的注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权"可以设定质押担保。而且,第 227 条第 1 款规定了知识产权中的财产权质权出质设立的方式:"当事人应当订立书面合同。质权自有关主管部门办理出质登记时设立。"第 2 款规定了知识产权中的财产权出质后出质人不得处分原则:"知识产权中的财产权出质后,出质人不得转让或者许可他人使用,但经出质人与质权人协商同意的除外。出质人转让或者许可他人使用出质的知识产权中的财产权所得的价款,应当向质权人提前清偿债务或者提存。"

案例 66:著作权质押。

【案情简介】

刘明,经常自诩为一介文人,把读读写写作为家常便饭。几年来发表了不少散文,并且想要出一本散文集。但是,出版社都不愿出版散文集。刘明出书心切,就想自己买书号自费出书。但其是一位下岗工人,又没有什么积蓄,就只能向朋友张涛借款 1 万元,并且以其一部书稿质

押。双方办理了登记，取得了“著作权质押合同登记证”，刘明万事俱备，就开始着手运作出书的事情。

最后，由于没什么专业知识和经验，被人欺骗，1 万元钱全部赔了进去。于是，就和张涛协商，折价将书稿让与张涛。后来，张涛将此书出版了，署名张涛。刘明认为署名权是自己的，张涛则说质押权实现时，书稿的所有权已归自己所有。双方争执不下诉至法院。

【关键证据】

刘明与张涛的借款合同，著作权质押合同登记证，已出版的署名为张涛的书。

【举证指导】

本案中，刘明和张涛间的借款合同是主合同，他们之间的借贷法律关系是主要的法律关系。因此，才衍生出著作权质押合同和质押关系。只要证明了借贷合同的成立并生效，就能证明刘明与张涛之间的债权债务关系的合法性。著作权质押合同登记证说明在涉案书稿上成立了著作权质押，这也是张涛这个质权人的权利基础。本案需说明的是，著作权质押是指债务人或者第三人（出质人）依法将其著作权中的财产权出质，将该财产权作为债权的担保。债务人不履行债务时，债权人（质权人）有权依法以该财产权折价或者以拍卖、变卖该财产权的价款优先受偿。本案中，刘明作为有权处分人，质押著作权是合法的，刘明没有能力偿还贷款，折价书稿代偿也是合法的。但这并不意味着其署名权也随着质权的实现而丧失。署名权是著作权中的人身权，不是财产权，不能转让，所以张涛不能取得书稿的署名权。刘明可以以已出版的署名为张涛的书证明侵权事实的存在，证明侵权事实与侵权结果之间的因果关系，并基于损害赔偿请求权，要求赔偿损失。

案例 67：专利权质押。

【案情简介】

飞龙电子公司因缺少流动资金而向北京银行贷款。北京银行同意贷款，但是要求飞龙电子公司提供担保。为此，双方签订了质押合同，合同约定：北京银行向飞龙电子公司发放贷款 100 万元，期限为 6 个月；飞龙电子公司以其所有的一项专利权出质。双方到专利局办理了专利权质押登记手续。贷款两个月后，飞龙电子公司在未经北京银行同意的情况下，许可给了另一家电子信息公司使用其专利。北京银行得知后，便要求该电子信息公司停止使用该专利，于是双方发生纠纷，北京银行诉至法院。

【关键证据】

飞龙电子公司与北京银行签订的质押借贷合同，专利权质押登记手续，另一家电子公司使用质押专利的许可。

【举证指导】

以依法可以转让的专利权中的财产权出质后，其所有权虽然仍属于专利权人，但由于该财产权是为质权人设定了质押担保的，出质人就不能自由转让或者许可他人使用，如果允许出质人自由转让或者许可他人使用其专利权中的财产权，则无论是有偿转让，还是无偿转让；无论是许可他人有偿使用，还是许可他人无偿使用，都将损害质权人的利益。本案中，飞龙电子公司与北京银行签订的质押借贷合同是北京银行享有质权的证明，专利权质押登记手续证明质权的设立符合法律规定，成立并生效。另一家电子公司使用质押专利的许可可以证明侵权事实的存在，证明侵权事实与侵权结果之间的因果关系，并基于损害赔偿请求权，要求赔偿损失。

(四)应收账款质权

我国物权法第228条规定:"以应收账款出质的,当事人应当订立书面合同。质权自信贷征信机构办理出质登记时设立。应收账款出质后,不得转让,但经出质人与质权人协商同意的除外。出质人转让应收账款所得的价款,应当向质权人提前清偿债务或者提存。"该条规定了应收账款质押设立方式以及应收账款的转让。应收账款出质的关键问题是如何使其对第三人产生效力,以妥善保护质权人、出质人和第三人的利益,我国物权法采纳了"书面合同加登记"的方法。

案例68:不登记,质权不能成立。

【案情简介】

腾达公司为生产发光材料的企业,万基公司因购买腾达公司的产品欠腾达公司货款120万元。万基公司向腾达公司出具了欠条,欠条载明:因购买腾达公司产品共欠货款120万元。腾达公司因为更新设备,向信用社贷款80万元,期限自2002年3月1日至2003年3月1日,双方约定以腾达公司对万基公司的应收账款做担保,若腾达公司届期不能清偿贷款及利息,信用社有权就该债权优先受偿,若腾达公司在贷款期限内实现对万基公司的债权,应提前偿还贷款。合同签订后,腾达公司将万基公司出具的欠条交付给信用社。因腾达公司于贷款期限届满未偿还信用社的贷款,信用社提起诉讼,要求判决腾达公司清偿贷款本金、利息及滞纳金,并对腾达公司对万基公司的应收账款享有优先受偿权。

【关键证据】

万基公司向腾达公司出具的欠条,腾达公司与信用社签订的质押借款合同。

【举证指导】

信用社提供的万基公司向腾达公司出具的欠条证明腾达公司确实享有应收账款,也证明信用社合法地享有应收账款的质权。本案发生在物权法实施之前,依据"物权法定"的原则,那时对应收账款质权不予认可。但以下的论述将根据现行物权法进行分析。本案中,腾达公司与信用社签订了质押借款合同,但并没有登记,不符合物权法规定的公示要件,应收账款质权不能成立。

从上述案例可以看出,应收账款质押,作为一种新型的融资担保手段,质物并不是现有收益,它依存于预期收益。因此,日常生活中在办理此类贷款的借前调查中,一方面要对借款人以及相关部门的经营情况、预期收益、风险防范等情况进行详细调查和可行性分析;另一方面,要全面收集和研究相关法律法规。避免本案例中出现的情况,不利于质权人(债权人)合法权利的实现。

第十节　留　置　权

一、留置权的成立

(一)对动产已经合法占有

我国物权法第230条规定:"债务人不履行到期债务,债权人可以留置已经合法占有的债务人的动产,并有权就该动产优先受偿。"该条规定了留置权的定义。也说明了留置权发生的一个要件:债权人已经合法占有债务人的动产。这里的"合法占有"是指债权人占有债务人的

动产具有法律上的原因,非基于侵权行为或者其他非法的原因而占有该动产。在实践中,这种法律上的原因往往是保管合同、运输合同、承揽合同、行纪合同等。

案例69:对债务人的财产未合法占有不能成立留置权。

【案情简介】

某锅炉安装队与被告县造纸厂协商签订了一份锅炉安装合同。合同规定:安装队负责为造纸厂安装锅炉一台,包工包料,保证于年底前完工并交付使用;工程总造价10万元,县造纸厂应于合同签订后预付6万元,余款待交工后一次付清;为降低工程造价,锅炉本体采用县造纸厂联系的市造纸厂停用的旧锅炉。合同签订后,县造纸厂如约预付6万元,安装队与县造纸厂共同去市造纸厂看样并订购了市造纸厂停用的旧锅炉。县造纸厂出面申请了锅炉安装许可证。与此同时,安装队开始施工,购置了大量辅助物资和零配件,主体工程于9月份基本完工,共支出7万元。在辅助工程开始前,县造纸厂邀请市锅炉科验收,发现该锅炉是一台报废锅炉,不能使用。为此,县造纸厂要求安装队赔偿损失,安装队拒绝赔偿。县造纸厂便将安装队停放于工地的一切车辆、工具及辅助物资予以扣留,造成损失3万元。安装队起诉要求县造纸厂赔偿损失,县造纸厂以行使留置权抗辩,并反诉安装队赔偿损失。经查,锅炉报废的原因是,市锅炉厂隐瞒锅炉已经报废的事实真相。

【关键证据】

某锅炉安装队与县造纸厂签订的一份锅炉安装合同,市锅炉科出具的报废锅炉的证明。

【举证指导】

安装队提供的与县造纸厂签订的锅炉安装合同用以证明安装队与

县造纸厂两者之间的债权债务关系，安装队支付劳务，县锅炉厂支付价款。本案中，县造纸厂提供不出证据证明其对安装队的车辆、工具及辅助物资有合法占有的原因。首先，锅炉安装合同证明的是安装队的义务是安装锅炉，而车辆、工具等则是安装队的劳动手段，所有权归安装队，不能因为安装队在县造纸厂院内工作便使其丧失对车辆、工具等财产的占有。所以，县造纸厂的扣押行为没有法律依据，属于侵权行为。其次，县造纸厂留置的法律依据不适当。依据法律规定，留置的法定依据是合法的民事交易法律关系。就损害赔偿而言，县造纸厂是债权人，但这一损失是由市造纸厂的欺诈行为造成的，是侵权之债而非合同之债，县造纸厂无权留置并无过错的安装队的车辆和工具等施工工具。再次，工程安装队的动产与该债权债务的产生不属于同一法律关系。虽然安装队的施工工具是动产，在法律上可能成为留置的标的物，但锅炉安装合同不是依据这些施工工具而发生的，且该合同的履行与施工工具也没有任何直接的联系，因而锅炉安装合同与施工工具之间没有关联，不属于同一法律关系。因市锅炉厂的欺诈行为而产生的侵权之债，与施工工具无关。所以，属于安装队的施工工具与债权的发生毫无关联，因而也不得成为留置的标的物。

综上所述，县造纸厂对于工程安装队的施工工具不能行使留置权，其行为性质应当属于非法占有的侵权行为，应当承担返还原物的责任，对于给工程安装队造成的损害应当承担赔偿责任。市造纸厂明知锅炉存在瑕疵，仍将其出售给县造纸厂，隐瞒了事实真相，其欺诈行为构成侵权。市造纸厂对于因此给县造纸厂造成的一系列损失应当负有赔偿责任。县锅炉厂可以以市锅炉科出具的报废锅炉的证明和与市造纸厂的订购锅炉证明，请求市造纸厂赔偿损失。

（二）债权与动产属于同一法律关系

我国物权法第 231 条规定："债权人留置的动产，应当与债权属于同一法律关系，但企业之间留置的除外。"该条文规定了占有的动产与

发生的债权相牵连的制度。也就是说,债权人基于一定的债权债务关系而占有债务人的动产,该动产必须与债权债务关系属于同一法律关系。

案例70:留置要基于同一法律关系。

【案情简介】

被告王海滨几年前是一家被服厂的职工,后因单位效益不景气下了岗,此后自己在家门口父子开了一个专门承揽服装加工业务的店铺,雇工3人。2007年2月15日,原告李国华拿着自备布料和服装图案找到王海滨,要求被告加工服装100套,约定加工费为一套40元。第一次提货定于2007年3月30日,剩余部分于5月底取货。2007年3月30日,原告李国华依约从被告处提取服装80套,并支付该部分加工费3200元。后来,服装市场不景气,并且原告设计的服装图案也显得过于陈旧,布料质量也比较低劣,原告手中的部分存货一直无法脱手。于是,原告李国华找到被告王海滨,说剩下的服装不要了,让被告自己卖了冲抵该部分加工费。

2007年8月,原告从一个业余服装设计师处购买了几套服装设计图,再次自备布料到被告王海滨处请求加工这批服装,数量为150套,每套加工费50元,约定2007年10月1日全部交货。两个月之后,原告按照约定时间前去取货,支付150套服装的加工费7500元。可是当原告办理完付款手续去提货时,被告只同意交付120套服装,要求先行留下剩余的30套,等原告付清上一次的服装加工费800元后再给他这30套服装,付款期限为1个月。同时,被告将上一次原告留下的20套服装还给他,因为这些服装根本卖不出去;但原告不同意,主张上次未结清的服装加工费已由剩下的这20套服装冲抵了。

为此双方发生争执,原告诉至法院,要求被告返还服装30套。

【关键证据】

原被告之间的两份加工承揽合同。

【举证指导】

原告主张第二份加工承揽合同的部分标的物的返还请求权，就要举证主张他基于所有权享有返还请求权。第二份加工承揽合同则证明他对原材料及成品均享有所有权，所以，在出现被告侵犯其所有权的情形下，可以主张返还请求权。

在本案中，之所以不发生留置权，正当阻却所有权，是因为被告留置的第二批服装加工中的30套服装跟第一个合同之间不存在法律要求的“属于同一法律关系”情形，两者应分属两个合同关系，彼此不存在牵连性。因此，王海滨留置30套服装因欠缺相应的法律依据和证据支持，不能成立留置权，应当返还李国华这30套服装。在第一个加工合同中，李国华没有支付剩余20套服装的加工费，而是告知王海滨将剩余20套服装自行卖出以冲抵加工费的做法，依据合同法第99条、第100条对于债的抵消的规定，李国华主张的债的抵消无法成立。所以，王海滨应首先归还李国华被自己留置的30套服装，但李国华在接受王海滨返还的剩余20套服装后应当支付其相应的加工费800元。

需要提醒的是，在日常的法律关系中，尤其是长期的合作关系，请尽量做到“事结款清”，不要期望用未来的债权清偿今天的债权。这样，是得不到法律支持的，这样做的人往往须承担自己引致的不利后果。

二、留置物的保管与孳息收取权

我国物权法第234条规定：“留置权人负有妥善保管留置财产的义务；因保管不善致使留置财产毁损、灭失的，应当承担赔偿责任。”第235条规定：“留置权人有权收取留置财产的孳息。”这两个法条规定了留置

权人的保管义务和孳息收取权。在留置权人留置动产期间,不得擅自使用或者出租该留置财产,或者利用该留置物向他人提供担保。

第十一节 占 有

一、占有概述

(一)占有的一般原则和方法

占有在物权法(草案)第五次审理稿中的定义为"占有,是指占有人对不动产或者动产的实际控制"。占有是一种法律保护的事实状态,这种事实状态就是一种对物的实际控制。虽然法律没有将其认定为权利,但是却在物权法中作出规定,并对其予以法律保护,使其具有了准物权的性质。占有的核心在于对物具有的事实上的控制。只有对物产生了事实上的控制时,才能认定已经占有该物。这里所说的控制标准是依照社会的一般观念决定。

法律设立占有制度的意义首先在于占有的保护功能,如遗失物的拾得人、埋藏物发现人基于对物的事实占有而享有排除他人妨害其占有的权利。其次占有制度还有利于交易的安全,特别是在动产领域,确立占有规则可以判断是否发生交付以及所有权是否发生移转。

占有制度体现在社会经济生活的各个方面,除了所有权人的占有之外,还有基于他物权产生的占有如经营、承包、土地使用、质押、留置等;基于保管合同、租赁合同、加工承揽合同等合同关系产生的占有;基于亲权关系、监护关系和夫妻关系产生的占有;以及因为无因管理产生的占有,这些都属于有权占有。

案例71：实际占有的房屋被他人侵占，有权要求他人搬出。

【案情简介】

2007年12月，王罗与妻子马璐因为感情不和离婚。离婚后，王罗仍居住在夫妻共同生活期间居住的房屋里。该房屋是1998年马璐的母亲牛颖为女儿结婚购置的，房产证上登记的也是牛颖的名字。2008年2月，王罗外出学习3个月，回来后，发现自己居住的房屋被牛颖的一个远房亲戚牛福占据。王罗要求牛福搬出房屋，牛福称，房屋并不是王罗的，王罗无权要求他搬出。于是王罗将牛福起诉到法院，要求牛福搬出自己居住的房屋。

【关键证据】

居委会证明、物业交费凭证等可以证明王罗占有讼争房屋的证据。

【举证指导】

因为占有是一种事实状态，为维护社会安定，占有这种事实状态受到了物权法的保护。占有人在占有物被侵夺时享有请求侵夺人返还占有物的权利。王罗要行使这一权利关键需要证明自己是房屋的占有人，对此王罗可以要求居委会出具证明，或者提供其他有关的证据加以证明。

即使是物的所有权人非法夺取占有物也是侵权的，占有人享有占有物的返还请求权。

（二）占有的分类

占有可以分为有权占有和无权占有、自主占有和他主占有、直接占有和间接占有、单独占有和共同占有，等等，本节将重点介绍有权占有与无权占有以及无权占有中的善意占有和恶意占有。

有权占有与无权占有。依据占有人是否基于本权对物进行的占

有,可以将占有分为有权占有和无权占有。本权是指基于法律上的原因而享有的包含占有物在内的权利。如所有权、租赁权、留置权等权利都是本权。占有人是基于本权而对物进行的占有,为有权占有。占有人无本权而对物的占有,为无权占有。不动产或者动产的占有,除有相反证据证明外,推定为有权占有。区分有权占有与无权占有的意义在于:无权占有人在权利人请求返还占有物时,负有返还的义务;而有权占有人可以拒绝他人包括所有权人在内的返还请求权。无权占有中又包括了善意占有和恶意占有。善意占有是指占有人不知道也不可能知道自己的占有违法,误以为自己是合法占有。恶意占有是指占有人在占有他人财产时明知或者应当知道其占有无法律依据。区分善意占有和恶意占有的意义在下文中将着重介绍。

二、占有人使用占有物时应当承担的责任

(一)占有人使用的占有物受损时应当承担的责任

物权法第242条规定,占有人因使用占有的不动产或者动产,致使该不动产或者动产受到损害的,恶意占有人应当承担赔偿责任。这里说的使用,是指按照占有物的物理性能及正常用途加以利用,而不是非正常的破坏性地使用占有物。对于因为占有人使用占有物受损应承担的责任,最关键的在于占有人为善意还是恶意以及善意占有人与恶意占有人对损害后果应当承担的不同责任。

善意占有和恶意占有是无权占有情况下的再分类。区分善意与恶意是一种对占有人占有该物时主观态度的认定。判断善意占有还是恶意占有一般依据占有人是否误信其具有占有权利为标准。善意占有在无权占有人知道或者应当知道其占有没有合法根据之时就转变为恶意占有。判断善意占有和恶意占有的目的之一就是为了判定无权占有人是否应对使用占有物致损承担赔偿责任。所以重点在于占有的不动产或者动产受到损害时,占有人究竟是善意占有还是恶意占有。

区分善意占有人和恶意占有人的目的在于占有人承担的赔偿责任不同。善意占有人不承担赔偿责任，恶意占有人应承担赔偿责任。

（二）占有物损毁、灭失时占有人应承担责任

占有物损毁是指占有物完全损坏，失去了价值。占有物灭失是指占有物对于占有人已经不复存在，主要包括物的实体消灭、物的下落不明以及第三人因善意取得获得物的所有权。

在占有物损毁、灭失时，善意占有人承担返还责任，而不是赔偿权利人的损失。善意占有人此时应当向权利人返还占有物损毁、灭失后的替代物也就是保险金、赔偿金、补偿金。在占有物损毁、灭失时，恶意占有人应向权利人承担赔偿责任。而恶意占有人的赔偿范围应当包括占有物本身价值以及权利人因为占有物损毁、灭失所受到的利益损害。

（三）占有人返还占有物和孳息的责任

物权法第 243 条规定，不动产或者动产被占有人占有的，权利人可以请求返还原物及其孳息，但应当支付善意占有人因维护该不动产或者动产支出的必要费用。在占有人有权占有的情况下，占有人与占有物返还请求人之间的权利义务关系，依该占有所据以发生的基础法律关系确定。无权占有人因为没有或者丧失了占有该不动产或者动产的法律依据，若权利人要求返还，则无权占有人理应负返还原物及其孳息的义务。在物的权利人请求善意占有人返还占有物时，善意占有人有权请求权利人支付因维护占有物而支出的必要费用。既然善意占有人占有该物的主观心态是善意的，其对于占有物的使用或者利用也应推定为善意、合理的，故对善意占有人为利用占有物而支出的合理费用，受到物权法的保护。

三、占有保护请求权

物权法第 245 条是对占有保护请求权的规定：“占有的不动产或者动产被侵占的，占有人有权请求返还原物；对妨害占有的行为，占有人

有权请求排除妨害或者消除危险;因侵占或者妨害造成损害的,占有人有权请求损害赔偿。占有人返还原物的请求权,自侵占发生之日起一年内未行使的,该请求权消灭。”占有保护的请求权根据占有受到侵害的情形不同,包括了占有物返还请求权、占有妨害排除请求权、占有妨害危险防止请求权和损害赔偿请求权。损害赔偿请求权属于保护占有的债权保护方法。

占有物返还请求权的行使,应具备下列条件:一是请求权的主体应为原占有人,请求权的相对人应为现占有人。原占有人是指侵占发生前对物享有事实上管领力的占有人。需要强调的是原占有人无论是有权占有还是无权占有,善意占有还是恶意占有,均享有占有物返还请求权。原占有人应负证明原占有事实的举证责任。二是存在侵占行为或者事实,且侵占行为的后果导致原占有人丧失占有。三是侵占行为具有违法性。如抢夺他人动产,霸占他人房屋等。四是占有物返还请求权应在1年内行使。这里的1年应属于除斥期间,不得延长、中断或中止。

占有物妨害排除请求权和占有物妨害危险防止请求权行使要求具备下类条件:一是请求权主体为占有人;二是相对方的行为妨害了占有人管领占有物(或者产生此种危险)。



第三章　物权纠纷官司相关法律文书、法律法规

第一节　物权纠纷官司相关法律文书

（一）民事起诉状

【范文】

民事起诉状

原告：姓名，性别，出生年、月、日，民族，工作单位与职务，住所，联系电话。

委托代理人：姓名，性别，年龄，工作单位与职务，住所，联系电话。

被告：姓名，性别，出生年、月、日，民族，工作单位与职务，住所，联系电话。

诉讼请求：

1. ______________________

2. ______________________

事实与理由：

证据及证据来源：

此致

××区人民法院

具状人:×××

年　月　日

附:1. 本状副本____份;

2. 证据材料____份。

【注意事项】

如果当事人另委托代理人进行诉讼的,应将代理人的基本情况写明。按照规定,当事人可以委托1名或2名代理人参加诉讼。被告如果是法人,应写明法人的名称、住所和法定代表人或者主要负责人的姓名、职务。如果对这些情况不了解,可以通过查询工商档案的途径确定,被告的姓名或者名称一定要写准确。诉讼请求写明要求被告承担什么责任。要将自己的各项请求分别列清。事实与理由这部分主要分为两个层级。第一层级是陈述事实,即叙述发生纠纷原因经过。第二层次是讲明要求赔偿的理由、法律依据证据材料对于事实的认定和判决结果具有至关重要的作用。所以要求在起诉书中列明证据及其来源,证人的基本情况,并应当按照对方当事人数量提供副本。民事起诉状应当按照被告人数提供副本。

(二)免(减、缓)交诉讼费申请书

【范文】

缓交诉讼费申请书

申请人姓名,性别,出生年、月、日,民族,工作单位与职务,住所,联系电话。

案由和要求:____________________

申请理由:____________________

此致

××××人民法院

申请人：××

××年××月××日

(三)民事反诉状

民事反诉状是民事诉讼的被告人就原告人起诉的同一事实，向人民法院提交的请求适用同一诉讼程序与原告人的起诉合并审理，并追究原告人相应民事责任的法律文书。

【范文】

民事反诉状

反诉人(本诉被告)：姓名，性别，出生年、月、日，民族，工作单位与职务，住所，联系电话。

被反诉人(本诉原告)：姓名，性别，出生年、月、日，民族，住所，联系电话。

反诉人就××一案，对被反诉人提起反诉。

反诉请求：

1. ____________________

2. ____________________

事实理由：

证据和证据来源，证人姓名和住所。

此致

××××人民法院

反诉人：×××

××年 ××月 ××日

附:1. 本反诉状副本____份;

2. 证据材料____份。

反诉状中,反诉请求、事实与理由的书写内容与起诉状基本一致。

(四)民事上诉状

【范文】

民事上诉状

上诉人:姓名(原审诉讼中地位),性别,出生年、月、日,民族,籍贯,职业或工作单位和职务,住址,联系电话。

被上诉人:姓名(原审诉讼中地位),性别,出生年、月、日,民族,籍贯,职业或工作单位和职务,住址,联系电话。

上诉人因________一案,不服________人民法院________年____月____日( )民初字第________号民事判决(裁定)书,现提出上诉。

上诉请求:

1. ________________________

2. ________________________

事实和理由:

此致

××市中级人民法院

上诉人:××

××年××月××日

附:1. 本状副本________份;

2. 证据材料________份。

【注意事项】

上诉请求与一审中原告的诉讼请求一样，是当事人所要达到的诉讼目的，但两者又有所不同：上诉请求是上诉人请求二审法院变更原审裁判的内容，重新确定与对方当事人的民事权利义务。

上诉理由是上诉请求的根据，它包括上诉人认为一审裁判在认定事实和适用法律上有错误、审理程序违法以及要求变更一审裁判的证据和理由。因此，此部分并非原审事实和理由的重复，而主要针对一审认定事实和适用法律、审判程序的错误提出自己的理由和根据，要求二审法院予以变更。上诉理由应全面陈述对第一审人民法院在认定事实和适用法律上的不当或错误，提出所根据的事实和理由，包括在一审程序中未提供的事实、理由和证据。

民事上诉状应当按照被上诉人的人数提供副本。

（五）申请执行申请书

一旦法院判决赔偿损失，而对方未能按照期限支付，则原告可以申请法院强制执行，申请强制执行应提交申请执行申请书。

【范文】

申请执行申请书

申请人：姓名，性别，出生年、月、日，民族，职业或工作单位和职务，住址，联系电话。

被申请人：姓名，性别，出生年、月、日，民族，住址，联系电话。

双方因______一案，______人民法院______年____月____日（　）民初字第______号民事判决（调解）书后，现判决书（调解书）已发生法律效力，但被申请人未（全部）履行判决书（调解书）中规定应尽的义务，根据《中华人民共和国民事诉讼法》有关规定，特向你院申请予以执行。

申请执行事项：____________________________

此致

××××人民法院

申请人:××

××年 ××月××日

(六)申请财产保全申请书

在起诉前,如果不立即采取保全措施将会使权利人合法权益受到难以弥补的损害,权利人可以申请财产保全。

【范文】

申请财产保全申请书

申请人:姓名,性别,出生年、月、日,民族,职业或单位,住所,联系电话。

被申请人:姓名,性别,出生年、月、日,民族,住所,联系电话。

申请保全的事项:写明要求对被申请人的何种财产采取何种保全措施。

事实与理由:写明被申请人的侵权行为给申请人造成的损失情况。被申请人正在或者立即要转移、隐匿、挥霍或者处分其财产的情况。若不采取应急措施限制被申请人的上述行为,将使申请人的合法权益受到无法挽回的损失。如果是诉前财产保全,还应写明申请人来不及起诉的情况。

此致

××××人民法院

申请人:(签名或盖章)

××年××月××日

附:有关资料。

如果是诉前财产保全,还应当列明提供担保的财产清单。

(七)证据保全申请书

在民事诉讼证据有灭失或者以后难以取得的可能性,且该证据可能影响案件事实认定的情况下,可以申请证据保全。

【范文】

证据保全申请书

申请人:姓名,性别,出生年、月、日,民族,职业或单位,住所、联系电话。

案由:

请求事项:写明要求保全的证据。

事实与理由:写明申请保全的理由,要围绕民事诉讼证据有灭失或者以后难以取得的可能性,且该证据可能影响案件事实认定。

此致

××××人民法院

申请人:(签名或盖章)

××年××月××日

(八)调取证据申请书

根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第17条的规定,三种情况下当事人可以申请人民法院调查收集证据:1.申请调查收集的证据属于国家有关部门保存并须人民法院依职权调取的档案材料。2.涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的材料。3.当事人及其诉讼代理人确因客观原因不能自行收集的其他材料。当事人申请人民法院调查收集证据,应当提交书面申请。

【范文】

调取证据申请书

申请人:姓名,性别,出生年、月、日,民族,职业或单位,住所、联系电话。

被调查人的姓名或者单位名称、住所。

案由:

请求事项:写明要求收集证据的内容。

请求理由:写明需由人民法院调查收集证据的原因及其要证明的事实。

此致

××××人民法院

申请人:(签名或盖章)

××年××月××日

(九)鉴定申请书

当事人对于专业问题需要进行鉴定的,应当向人民法院提交鉴定申请书。

【范文】

鉴定申请书

申请人:姓名,性别,出生年、月、日,民族,工作单位,职业,住址,联系电话。

被申请人:单位名称(要写全称),地址,联系电话。

法定代表人(负责人):姓名,职务。

申请鉴定事项：写明需要鉴定机关鉴定的内容。

今为维护申请人合法权益，特请求人民法院委托司法鉴定，请予批准。

此致

××××人民法院

申请人：×××

××年××月××日

附：证据材料________。

第二节　物权纠纷官司法律法规

最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定

（2001年12月21日最高人民法院公布
自2002年4月1日起施行　法释〔2001〕33号）

为保证人民法院正确认定案件事实，公正、及时审理民事案件，保障和便利当事人依法行使诉讼权利，根据《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）等有关法律的规定，结合民事审判经验和实际情况，制定本规定。

一、当事人举证

第一条 原告向人民法院起诉或者被告提出反诉,应当附有符合起诉条件的相应的证据材料。

第二条 当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。

没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的,由负有举证责任的当事人承担不利后果。

第三条 人民法院应当向当事人说明举证的要求及法律后果,促使当事人在合理期限内积极、全面、正确、诚实地完成举证。

当事人因客观原因不能自行收集的证据,可申请人民法院调查收集。

第四条 下列侵权诉讼,按照以下规定承担举证责任:

(一)因新产品制造方法发明专利引起的专利侵权诉讼,由制造同样产品的单位或者个人对其产品制造方法不同于专利方法承担举证责任;

(二)高度危险作业致人损害的侵权诉讼,由加害人就受害人故意造成损害的事实承担举证责任;

(三)因环境污染引起的损害赔偿诉讼,由加害人就法律规定的免责事由及其行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任;

(四)建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落致人损害的侵权诉讼,由所有人或者管理人对其无过错承担举证责任;

(五)饲养动物致人损害的侵权诉讼,由动物饲养人或者管理人就受害人有过错或者第三人有过错承担举证责任;

(六)因缺陷产品致人损害的侵权诉讼,由产品的生产者就法律规定的免责事由承担举证责任;

（七）因共同危险行为致人损害的侵权诉讼，由实施危险行为的人就其行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任；

（八）因医疗行为引起的侵权诉讼，由医疗机构就医疗行为与损害结果之间不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任。

有关法律对侵权诉讼的举证责任有特殊规定的，从其规定。

第五条　在合同纠纷案件中，主张合同关系成立并生效的一方当事人对合同订立和生效的事实承担举证责任；主张合同关系变更、解除、终止、撤销的一方当事人对引起合同关系变动的事实承担举证责任。

对合同是否履行发生争议的，由负有履行义务的当事人承担举证责任。

对代理权发生争议的，由主张有代理权一方当事人承担举证责任。

第六条　在劳动争议纠纷案件中，因用人单位作出开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生劳动争议的，由用人单位负举证责任。

第七条　在法律没有具体规定，依本规定及其他司法解释无法确定举证责任承担时，人民法院可以根据公平原则和诚实信用原则，综合当事人举证能力等因素确定举证责任的承担。

第八条　诉讼过程中，一方当事人对另一方当事人陈述的案件事实明确表示承认的，另一方当事人无需举证。但涉及身份关系的案件除外。

对一方当事人陈述的事实，另一方当事人既未表示承认也未否认，经审判人员充分说明并询问后，其仍不明确表示肯定或者否定的，视为对该项事实的承认。

当事人委托代理人参加诉讼的，代理人的承认视为当事人的承认。但未经特别授权的代理人对事实的承认直接导致承认对方诉讼请求的除外；当事人在场但对其代理人的承认不作否认表示的，视为当事人的

承认。

当事人在法庭辩论终结前撤回承认并经对方当事人同意，或者有充分证据证明其承认行为是在受胁迫或者重大误解情况下作出且与事实不符的，不能免除对方当事人的举证责任。

第九条 下列事实，当事人无需举证证明：

（一）众所周知的事实；

（二）自然规律及定理；

（三）根据法律规定或者已知事实和日常生活经验法则，能推定出的另一事实；

（四）已为人民法院发生法律效力的裁判所确认的事实；

（五）已为仲裁机构的生效裁决所确认的事实；

（六）已为有效公证文书所证明的事实。

前款（一）、（三）、（四）、（五）、（六）项，当事人有相反证据足以推翻的除外。

第十条 当事人向人民法院提供证据，应当提供原件或者原物。如需自己保存证据原件、原物或者提供原件、原物确有困难的，可以提供经人民法院核对无异的复制件或者复制品。

第十一条 当事人向人民法院提供的证据系在中华人民共和国领域外形成的，该证据应当经所在国公证机关予以证明，并经中华人民共和国驻该国使领馆予以认证，或者履行中华人民共和国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续。

当事人向人民法院提供的证据是在香港、澳门、台湾地区形成的，应当履行相关的证明手续。

第十二条 当事人向人民法院提供外文书证或者外文说明资料，应当附有中文译本。

第十三条 对双方当事人无争议但涉及国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的事实，人民法院可以责令当事人提供有关证据。

第十四条　当事人应当对其提交的证据材料逐一分类编号，对证据材料的来源、证明对象和内容作简要说明，签名盖章，注明提交日期，并依照对方当事人人数提出副本。

人民法院收到当事人提交的证据材料，应当出具收据，注明证据的名称、份数和页数以及收到的时间，由经办人员签名或者盖章。

二、人民法院调查收集证据

第十五条　《民事诉讼法》第六十四条规定的“人民法院认为审理案件需要的证据”，是指以下情形：

（一）涉及可能有损国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的事实；

（二）涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等与实体争议无关的程序事项。

第十六条　除本规定第十五条规定的情形外，人民法院调查收集证据，应当依当事人的申请进行。

第十七条　符合下列条件之一的，当事人及其诉讼代理人可以申请人民法院调查收集证据：

（一）申请调查收集的证据属于国家有关部门保存并须人民法院依职权调取的档案材料；

（二）涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的材料；

（三）当事人及其诉讼代理人确因客观原因不能自行收集的其他材料。

第十八条　当事人及其诉讼代理人申请人民法院调查收集证据，应当提交书面申请。申请书应当载明被调查人的姓名或者单位名称、住所地等基本情况、所要调查收集的证据的内容、需要由人民法院调查收集证据的原因及其要证明的事实。

第十九条　当事人及其诉讼代理人申请人民法院调查收集证据，

不得迟于举证期限届满前七日。

人民法院对当事人及其诉讼代理人的申请不予准许的，应当向当事人或其诉讼代理人送达通知书。当事人及其诉讼代理人可以在收到通知书的次日起三日内向受理申请的人民法院书面申请复议一次。人民法院应当在收到复议申请之日起五日内作出答复。

第二十条 调查人员调查收集的书证，可以是原件，也可以是经核对无误的副本或者复制件。是副本或者复制件的，应当在调查笔录中说明来源和取证情况。

第二十一条 调查人员调查收集的物证应当是原物。被调查人提供原物确有困难的，可以提供复制品或者照片。提供复制品或者照片的，应当在调查笔录中说明取证情况。

第二十二条 调查人员调查收集计算机数据或者录音、录像等视听资料的，应当要求被调查人提供有关资料的原始载体。提供原始载体确有困难的，可以提供复制件。提供复制件的，调查人员应当在调查笔录中说明其来源和制作经过。

第二十三条 当事人依据《民事诉讼法》第七十四条的规定向人民法院申请保全证据，不得迟于举证期限届满前七日。

当事人申请保全证据的，人民法院可以要求其提供相应的担保。

法律、司法解释规定诉前保全证据的，依照其规定办理。

第二十四条 人民法院进行证据保全，可以根据具体情况，采取查封、扣押、拍照、录音、录像、复制、鉴定、勘验、制作笔录等方法。

人民法院进行证据保全，可以要求当事人或者诉讼代理人到场。

第二十五条 当事人申请鉴定，应当在举证期限内提出。符合本规定第二十七条规定的情形，当事人申请重新鉴定的除外。

对需要鉴定的事项负有举证责任的当事人，在人民法院指定的期限内无正当理由不提出鉴定申请或者不预交鉴定费用或者拒不提供相关材料，致使对案件争议的事实无法通过鉴定结论予以认定的，应当对

该事实承担举证不能的法律后果。

第二十六条 当事人申请鉴定经人民法院同意后，由双方当事人协商确定有鉴定资格的鉴定机构、鉴定人员，协商不成的，由人民法院指定。

第二十七条 当事人对人民法院委托的鉴定部门作出的鉴定结论有异议申请重新鉴定，提出证据证明存在下列情形之一的，人民法院应予准许：

（一）鉴定机构或者鉴定人员不具备相关的鉴定资格的；

（二）鉴定程序严重违法的；

（三）鉴定结论明显依据不足的；

（四）经过质证认定不能作为证据使用的其他情形。

对有缺陷的鉴定结论，可以通过补充鉴定、重新质证或者补充质证等方法解决的，不予重新鉴定。

第二十八条 一方当事人自行委托有关部门作出的鉴定结论，另一方当事人有证据足以反驳并申请重新鉴定的，人民法院应予准许。

第二十九条 审判人员对鉴定人出具的鉴定书，应当审查是否具有下列内容：

（一）委托人姓名或者名称、委托鉴定的内容；

（二）委托鉴定的材料；

（三）鉴定的依据及使用的科学技术手段；

（四）对鉴定过程的说明；

（五）明确的鉴定结论；

（六）对鉴定人鉴定资格的说明；

（七）鉴定人员及鉴定机构签名盖章。

第三十条 人民法院勘验物证或者现场，应当制作笔录，记录勘验的时间、地点、勘验人、在场人、勘验的经过、结果，由勘验人、在场人签名或者盖章。对于绘制的现场图应当注明绘制的时间、方位、测绘人姓

名、身份等内容。

第三十一条 摘录有关单位制作的与案件事实相关的文件、材料,应当注明出处,并加盖制作单位或者保管单位的印章,摘录人和其他调查人员应当在摘录件上签名或者盖章。

摘录文件、材料应当保持内容相应的完整性,不得断章取义。

三、举证时限与证据交换

第三十二条 被告应当在答辩期届满前提出书面答辩,阐明其对原告诉讼请求及所依据的事实和理由的意见。

第三十三条 人民法院应当在送达案件受理通知书和应诉通知书的同时向当事人送达举证通知书。举证通知书应当载明举证责任的分配原则与要求、可以向人民法院申请调查取证的情形、人民法院根据案件情况指定的举证期限以及逾期提供证据的法律后果。

举证期限可以由当事人协商一致,并经人民法院认可。

由人民法院指定举证期限的,指定的期限不得少于三十日,自当事人收到案件受理通知书和应诉通知书的次日起计算。

第三十四条 当事人应当在举证期限内向人民法院提交证据材料,当事人在举证期限内不提交的,视为放弃举证权利。

对于当事人逾期提交的证据材料,人民法院审理时不组织质证。但对方当事人同意质证的除外。

当事人增加、变更诉讼请求或者提起反诉的,应当在举证期限届满前提出。

第三十五条 诉讼过程中,当事人主张的法律关系的性质或者民事行为的效力与人民法院根据案件事实作出的认定不一致的,不受本规定第三十四条规定的限制,人民法院应当告知当事人可以变更诉讼请求。

当事人变更诉讼请求的,人民法院应当重新指定举证期限。

第三十六条　当事人在举证期限内提交证据材料确有困难的，应当在举证期限内向人民法院申请延期举证，经人民法院准许，可以适当延长举证期限。当事人在延长的举证期限内提交证据材料仍有困难的，可以再次提出延期申请，是否准许由人民法院决定。

第三十七条　经当事人申请，人民法院可以组织当事人在开庭审理前交换证据。

人民法院对于证据较多或者复杂疑难的案件，应当组织当事人在答辩期届满后、开庭审理前交换证据。

第三十八条　交换证据的时间可以由当事人协商一致并经人民法院认可，也可以由人民法院指定。

人民法院组织当事人交换证据的，交换证据之日举证期限届满。当事人申请延期举证经人民法院准许的，证据交换日相应顺延。

第三十九条　证据交换应当在审判人员的主持下进行。

在证据交换的过程中，审判人员对当事人无异议的事实、证据应当记录在卷；对有异议的证据，按照需要证明的事实分类记录在卷，并记载异议的理由。通过证据交换，确定双方当事人争议的主要问题。

第四十条　当事人收到对方交换的证据后提出反驳并提出新证据的，人民法院应当通知当事人在指定的时间进行交换。

证据交换一般不超过两次。但重大、疑难和案情特别复杂的案件，人民法院认为确有必要再次进行证据交换的除外。

第四十一条　《民事诉讼法》第一百二十五条第一款规定的“新的证据”，是指以下情形：

（一）一审程序中的新的证据包括：当事人在一审举证期限届满后新发现的证据；当事人确因客观原因无法在举证期限内提供，经人民法院准许，在延长的期限内仍无法提供的证据。

（二）二审程序中的新的证据包括：一审庭审结束后新发现的证据；当事人在一审举证期限届满前申请人民法院调查取证未获准许，二审

法院经审查认为应当准许并依当事人申请调取的证据。

第四十二条 当事人在一审程序中提供新的证据的,应当在一审开庭前或者开庭审理时提出。

当事人在二审程序中提供新的证据的,应当在二审开庭前或者开庭审理时提出;二审不需要开庭审理的,应当在人民法院指定的期限内提出。

第四十三条 当事人举证期限届满后提供的证据不是新的证据的,人民法院不予采纳。

当事人经人民法院准许延期举证,但因客观原因未能在准许的期限内提供,且不审理该证据可能导致裁判明显不公的,其提供的证据可视为新的证据。

第四十四条 《民事诉讼法》第一百七十九条第一款第(一)项规定的"新的证据",是指原审庭审结束后新发现的证据。

当事人在再审程序中提供新的证据的,应当在申请再审时提出。

第四十五条 一方当事人提出新的证据的,人民法院应当通知对方当事人在合理期限内提出意见或者举证。

第四十六条 由于当事人的原因未能在指定期限内举证,致使案件在二审或者再审期间因提出新的证据被人民法院发回重审或者改判的,原审裁判不属于错误裁判案件。一方当事人请求提出新的证据的另一方当事人负担由此增加的差旅、误工、证人出庭作证、诉讼等合理费用以及由此扩大的直接损失,人民法院应予支持。

四、质　　证

第四十七条 证据应当在法庭上出示,由当事人质证。未经质证的证据,不能作为认定案件事实的依据。

当事人在证据交换过程中认可并记录在卷的证据,经审判人员在庭审中说明后,可以作为认定案件事实的依据。

第四十八条　涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私或者法律规定的其他应当保密的证据，不得在开庭时公开质证。

第四十九条　对书证、物证、视听资料进行质证时，当事人有权要求出示证据的原件或者原物。但有下列情况之一的除外：

（一）出示原件或者原物确有困难并经人民法院准许出示复制件或者复制品的；

（二）原件或者原物已不存在，但有证据证明复制件、复制品与原件或原物一致的。

第五十条　质证时，当事人应当围绕证据的真实性、关联性、合法性，针对证据证明力有无以及证明力大小，进行质疑、说明与辩驳。

第五十一条　质证按下列顺序进行：

（一）原告出示证据，被告、第三人与原告进行质证；

（二）被告出示证据，原告、第三人与被告进行质证；

（三）第三人出示证据，原告、被告与第三人进行质证。

人民法院依照当事人申请调查收集的证据，作为提出申请的一方当事人提供的证据。

人民法院依照职权调查收集的证据应当在庭审时出示，听取当事人意见，并可就调查收集该证据的情况予以说明。

第五十二条　案件有两个以上独立的诉讼请求的，当事人可以逐个出示证据进行质证。

第五十三条　不能正确表达意志的人，不能作为证人。

待证事实与其年龄、智力状况或者精神健康状况相适应的无民事行为能力人和限制民事行为能力人，可以作为证人。

第五十四条　当事人申请证人出庭作证，应当在举证期限届满十日前提出，并经人民法院许可。

人民法院对当事人的申请予以准许的，应当在开庭审理前通知证人出庭作证，并告知其应当如实作证及作伪证的法律后果。

证人因出庭作证而支出的合理费用,由提供证人的一方当事人先行支付,由败诉一方当事人承担。

第五十五条 证人应当出庭作证,接受当事人的质询。

证人在人民法院组织双方当事人交换证据时出席陈述证言的,可视为出庭作证。

第五十六条 《民事诉讼法》第七十条规定的"证人确有困难不能出庭",是指有下列情形:

(一)年迈体弱或者行动不便无法出庭的;

(二)特殊岗位确实无法离开的;

(三)路途特别遥远,交通不便难以出庭的;

(四)因自然灾害等不可抗力的原因无法出庭的;

(五)其他无法出庭的特殊情况。

前款情形,经人民法院许可,证人可以提交书面证言或者视听资料或者通过双向视听传输技术手段作证。

第五十七条 出庭作证的证人应当客观陈述其亲身感知的事实。证人为聋哑人的,可以其他表达方式作证。

证人作证时,不得使用猜测、推断或者评论性的语言。

第五十八条 审判人员和当事人可以对证人进行询问。证人不得旁听法庭审理;询问证人时,其他证人不得在场。人民法院认为有必要的,可以让证人进行对质。

第五十九条 鉴定人应当出庭接受当事人质询。

鉴定人确因特殊原因无法出庭的,经人民法院准许,可以书面答复当事人的质询。

第六十条 经法庭许可,当事人可以向证人、鉴定人、勘验人发问。

询问证人、鉴定人、勘验人不得使用威胁、侮辱及不适当引导证人的言语和方式。

第六十一条 当事人可以向人民法院申请由一至二名具有专门知

识的人员出庭就案件的专门性问题进行说明。人民法院准许其申请的，有关费用由提出申请的当事人负担。

审判人员和当事人可以对出庭的具有专门知识的人员进行询问。

经人民法院准许，可以由当事人各自申请的具有专门知识的人员就有案件中的问题进行对质。

具有专门知识的人员可以对鉴定人进行询问。

第六十二条　法庭应当将当事人的质证情况记入笔录，并由当事人核对后签名或者盖章。

五、证据的审核认定

第六十三条　人民法院应当以证据能够证明的案件事实为依据依法作出裁判。

第六十四条　审判人员应当依照法定程序，全面、客观地审核证据，依据法律的规定，遵循法官职业道德，运用逻辑推理和日常生活经验，对证据有无证明力和证明力大小独立进行判断，并公开判断的理由和结果。

第六十五条　审判人员对单一证据可以从下列方面进行审核认定：

（一）证据是否原件、原物，复印件、复制品与原件、原物是否相符；

（二）证据与本案事实是否相关；

（三）证据的形式、来源是否符合法律规定；

（四）证据的内容是否真实；

（五）证人或者提供证据的人，与当事人有无利害关系。

第六十六条　审判人员对案件的全部证据，应当从各证据与案件事实的关联程度、各证据之间的联系等方面进行综合审查判断。

第六十七条　在诉讼中，当事人为达成调解协议或者和解的目的作出妥协所涉及的对案件事实的认可，不得在其后的诉讼中作为对其

不利的证据。

第六十八条 以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的证据,不能作为认定案件事实的依据。

第六十九条 下列证据不能单独作为认定案件事实的依据:

(一)未成年人所作的与其年龄和智力状况不相当的证言;

(二)与一方当事人或者其代理人有利害关系的证人出具的证言;

(三)存有疑点的视听资料;

(四)无法与原件、原物核对的复印件、复制品;

(五)无正当理由未出庭作证的证人证言。

第七十条 一方当事人提出的下列证据,对方当事人提出异议但没有足以反驳的相反证据的,人民法院应当确认其证明力:

(一)书证原件或者与书证原件核对无误的复印件、照片、副本、节录本;

(二)物证原物或者与物证原物核对无误的复制件、照片、录像资料等;

(三)有其他证据佐证并以合法手段取得的、无疑点的视听资料或者与视听资料核对无误的复制件;

(四)一方当事人申请人民法院依照法定程序制作的对物证或者现场的勘验笔录。

第七十一条 人民法院委托鉴定部门作出的鉴定结论,当事人没有足以反驳的相反证据和理由的,可以认定其证明力。

第七十二条 一方当事人提出的证据,另一方当事人认可或者提出的相反证据不足以反驳的,人民法院可以确认其证明力。

一方当事人提出的证据,另一方当事人有异议并提出反驳证据,对方当事人对反驳证据认可的,可以确认反驳证据的证明力。

第七十三条 双方当事人对同一事实分别举出相反的证据,但都没有足够的依据否定对方证据的,人民法院应当结合案件情况,判断一

方提供证据的证明力是否明显大于另一方提供证据的证明力，并对证明力较大的证据予以确认。

因证据的证明力无法判断导致争议事实难以认定的，人民法院应当依据举证责任分配的规则作出裁判。

第七十四条 诉讼过程中，当事人在起诉状、答辩状、陈述及其委托代理人的代理词中承认的对已方不利的事实和认可的证据，人民法院应当予以确认，但当事人反悔并有相反证据足以推翻的除外。

第七十五条 有证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒不提供，如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人，可以推定该主张成立。

第七十六条 当事人对自己的主张，只有本人陈述而不能提出其他相关证据的，其主张不予支持。但对方当事人认可的除外。

第七十七条 人民法院就数个证据对同一事实的证明力，可以依照下列原则认定：

（一）国家机关、社会团体依职权制作的公文书证的证明力一般大于其他书证；

（二）物证、档案、鉴定结论、勘验笔录或者经过公证、登记的书证，其证明力一般大于其他书证、视听资料和证人证言；

（三）原始证据的证明力一般大于传来证据；

（四）直接证据的证明力一般大于间接证据；

（五）证人提供的对与其有亲属或者其他密切关系的当事人有利的证言，其证明力一般小于其他证人证言。

第七十八条 人民法院认定证人证言，可以通过对证人的智力状况、品德、知识、经验、法律意识和专业技能等的综合分析作出判断。

第七十九条 人民法院应当在裁判文书中阐明证据是否采纳的理由。

对当事人无争议的证据，是否采纳的理由可以不在裁判文书中表述。

六、其　他

第八十条　对证人、鉴定人、勘验人的合法权益依法予以保护。

当事人或者其他诉讼参与人伪造、毁灭证据,提供假证据,阻止证人作证,指使、贿买、胁迫他人作伪证,或者对证人、鉴定人、勘验人打击报复的,依照《民事诉讼法》第一百零二条的规定处理。

第八十一条　人民法院适用简易程序审理案件,不受本解释中第三十二条、第三十三条第三款和第七十九条规定的限制。

第八十二条　本院过去的司法解释,与本规定不一致的,以本规定为准。

第八十三条　本规定自2002年4月1日起施行。2002年4月1日尚未审结的一审、二审和再审民事案件不适用本规定。

本规定施行前已经审理终结的民事案件,当事人以违反本规定为由申请再审的,人民法院不予支持。

本规定施行后受理的再审民事案件,人民法院依据《民事诉讼法》第一百八十四条的规定进行审理的,适用本规定。

中华人民共和国民事诉讼法(节选)

(1991年4月9日第七届全国人民代表大会第四次会议通过
2007年10月28日第十届全国人民代表大会
常务委员会第三十次会议修正)

第六章　证　　据

第六十三条　**【证据种类】**证据有下列几种:

（一）书证；

（二）物证；

（三）视听资料；

（四）证人证言；

（五）当事人的陈述；

（六）鉴定结论；

（七）勘验笔录。

以上证据必须查证属实，才能作为认定事实的根据。

第六十四条　【举证责任】当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。

当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集。

人民法院应当按照法定程序，全面地、客观地审查核实证据。

第六十五条　【查证责任】人民法院有权向有关单位和个人调查取证，有关单位和个人不得拒绝。

人民法院对有关单位和个人提出的证明文书，应当辨别真伪，审查确定其效力。

第六十六条　【公开质证】证据应当在法庭上出示，并由当事人互相质证。对涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的证据应当保密，需要在法庭出示的，不得在公开开庭时出示。

第六十七条　【公证证据】经过法定程序公证证明的法律行为、法律事实和文书，人民法院应当作为认定事实的根据。但有相反证据足以推翻公证证明的除外。

第六十八条　【书证物证】书证应当提交原件。物证应当提交原物。提交原件或者原物确有困难的，可以提交复制品、照片、副本、节录本。

提交外文书证，必须附有中文译本。

第六十九条　【视听资料】人民法院对视听资料，应当辨别真伪，并结合本案的其他证据，审查确定能否作为认定事实的根据。

第七十条　【证人】凡是知道案件情况的单位和个人，都有义务出庭作证。有关单位的负责人应当支持证人作证。证人确有困难不能出庭的，经人民法院许可，可以提交书面证言。

不能正确表达意志的人，不能作证。

第七十一条　【当事人陈述】人民法院对当事人的陈述，应当结合本案的其他证据，审查确定能否作为认定事实的根据。

当事人拒绝陈述的，不影响人民法院根据证据认定案件事实。

第七十二条　【鉴定结论】人民法院对专门性问题认为需要鉴定的，应当交由法定鉴定部门鉴定；没有法定鉴定部门的，由人民法院指定的鉴定部门鉴定。

鉴定部门及其指定的鉴定人有权了解进行鉴定所需要的案件材料，必要时可以询问当事人、证人。

鉴定部门和鉴定人应当提出书面鉴定结论，在鉴定书上签名或者盖章。鉴定人鉴定的，应当由鉴定人所在单位加盖印章，证明鉴定人身份。

第七十三条　【勘验程序】勘验物证或者现场，勘验人必须出示人民法院的证件，并邀请当地基层组织或者当事人所在单位派人参加。当事人或者当事人的成年家属应当到场，拒不到场的，不影响勘验的进行。

有关单位和个人根据人民法院的通知，有义务保护现场，协助勘验工作。

勘验人应当将勘验情况和结果制作笔录，由勘验人、当事人和被邀参加人签名或者盖章。

第七十四条　【证据保全】在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，诉讼参加人可以向人民法院申请保全证据，人民法院也可以主动

采取保全措施。

最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的意见（节选）

（1992 年 7 月 14 日最高人民法院公布
法发〔1992〕22 号

三、证　　据

70. 人民法院收集调查证据，应由两人以上共同进行。调查材料要由调查人、被调查人、记录人签名或盖章。

71. 对当事人提供的证据、人民法院应当出具收据，注明证据的名称、收到的时间、份数和页数，由审判员或书记员签名或盖章。

72. 证据应当在法庭上出示，并经过庭审辩论、质证。依法应当保密的证据，人民法院可视具体情况决定是否在开庭时出示，需要出示的，也不得在公开开庭时出示。

73. 依照《民事诉讼法》第六十四条第二款规定，由人民法院负责调查收集的证据包括：

（1）当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的；

（2）人民法院认为需要鉴定、勘验的；

（3）当事人提供的证据互相有矛盾、无法认定的；

（4）人民法院认为应当由自己收集的其他证据。

74. 在诉讼中，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。但在下列侵权诉讼中，对原告提出的侵权事实，被告否认的，由被告负责举证：

（1）因产品制造方法发明专利引起的专利侵权诉讼；

（2）高度危险作业致人损害的侵权诉讼；

（3）因环境污染引起的损害赔偿诉讼；

（4）建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落致人损害的侵权诉讼；

（5）饲养动物致人损害的侵权诉讼；

（6）有关法律规定由被告承担举证责任的。

75. 下列事实，当事人无需举证：

（1）一方当事人对另一方当事人陈述的案件事实和提出的诉讼请求，明确表示承认的；

（2）众所周知的事实和自然规律及定理；

（3）根据法律规定或已知事实，能推定出的另一事实；

（4）已为人民法院发生法律效力的裁判所确定的事实；

（5）已为有效公证书所证明的事实。

76. 人民法院对当事人一时不能提交证据的，应根据具体情况，指定其在合理期限内提交。当事人在指定期限内提交确有困难的，应在指定期限届满之前，向人民法院申请延期。延长的期限由人民法院决定。

77. 依照《民事诉讼法》第六十五条由有关单位向人民法院提出的证明文书，应由单位负责人签名或盖章，并加盖单位印章。

78. 证据材料为复制件，提供人拒不提供原件或原件线索，没有其他材料可以印证，对方当事人又不予承认的，在诉讼中不得作为认定事实的根据。

中华人民共和国物权法

（2007 年 3 月 16 日第十届全国人民代表大会第五次会议通过
2007 年 3 月 16 日中华人民共和国主席令第 62 号公布
自 2007 年 10 月 1 日起施行）

第一编　总　　则

第一章　基本原则

第一条　【立法目的与依据】为了维护国家基本经济制度，维护社会主义市场经济秩序，明确物的归属，发挥物的效用，保护权利人的物权，根据宪法，制定本法。

第二条　【调整范围】因物的归属和利用而产生的民事关系，适用本法。

本法所称物，包括不动产和动产。法律规定权利作为物权客体的，依照其规定。

本法所称物权，是指权利人对特定的物享有直接支配和排他的权利，包括所有权、用益物权和担保物权。

第三条　【社会主义基本经济制度】国家在社会主义初级阶段，坚持公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度。

国家巩固和发展公有制经济，鼓励、支持和引导非公有制经济的发展。

国家实行社会主义市场经济，保障一切市场主体的平等法律地位和发展权利。

第四条　【平等保护原则】国家、集体、私人的物权和其他权利人的物权受法律保护，任何单位和个人不得侵犯。

第五条　【物权法定原则】物权的种类和内容，由法律规定。

第六条　【物权公示原则】不动产物权的设立、变更、转让和消灭，应当依照法律规定登记。动产物权的设立和转让，应当依照法律规定交付。

第七条　【公序良俗原则】物权的取得和行使，应当遵守法律，尊重社会公德，不得损害公共利益和他人合法权益。

第八条　【本法与其他法律的关系】其他相关法律对物权另有特别规定的，依照其规定。

第二章　物权的设立、变更、转让和消灭

第一节　不动产登记

第九条　【不动产物权登记生效及其例外】不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生效力；未经登记，不发生效力，但法律另有规定的除外。

依法属于国家所有的自然资源，所有权可以不登记。

第十条　【登记机构与统一登记制度】不动产登记，由不动产所在地的登记机构办理。

国家对不动产实行统一登记制度。统一登记的范围、登记机构和登记办法，由法律、行政法规规定。

第十一条　【申请登记必要材料】当事人申请登记，应当根据不同登记事项提供权属证明和不动产界址、面积等必要材料。

第十二条　【登记机构职责】登记机构应当履行下列职责：

（一）查验申请人提供的权属证明和其他必要材料；

（二）就有关登记事项询问申请人；

（三）如实、及时登记有关事项；

（四）法律、行政法规规定的其他职责。

申请登记的不动产的有关情况需要进一步证明的，登记机构可以要求申请人补充材料，必要时可以实地查看。

第十三条　【登记机构禁止从事的行为】登记机构不得有下列行为：

（一）要求对不动产进行评估；

（二）以年检等名义进行重复登记；

（三）超出登记职责范围的其他行为。

第十四条　【不动产物权登记生效的时间】不动产物权的设立、变更、转让和消灭，依照法律规定应当登记的，自记载于不动产登记簿时发生效力。

第十五条　【物权效力与合同效力的区分】当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者合同另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力。

第十六条　【不动产登记簿效力及其管理机构】不动产登记簿是物权归属和内容的根据。

不动产登记簿由登记机构管理。

第十七条　【不动产登记簿与权属证书的关系】不动产权属证书是权利人享有该不动产物权的证明。不动产权属证书记载的事项，应当与不动产登记簿一致；记载不一致的，除有证据证明不动产登记簿确有错误外，以不动产登记簿为准。

第十八条　【不动产登记资料查询、复制】权利人、利害关系人可以申请查询、复制登记资料，登记机构应当提供。

第十九条　【更正登记与异议登记】权利人、利害关系人认为不动产登记簿记载的事项错误的，可以申请更正登记。不动产登记簿记载的权利人书面同意更正或者有证据证明登记确有错误的，登记机构应

当予以更正。

不动产登记簿记载的权利人不同意更正的，利害关系人可以申请异议登记。登记机构予以异议登记的，申请人在异议登记之日起十五日内不起诉，异议登记失效。异议登记不当，造成权利人损害的，权利人可以向申请人请求损害赔偿。

第二十条 【预告登记】当事人签订买卖房屋或者其他不动产物权的协议，为保障将来实现物权，按照约定可以向登记机构申请预告登记。预告登记后，未经预告登记的权利人同意，处分该不动产的，不发生物权效力。

预告登记后，债权消灭或者自能够进行不动产登记之日起三个月内未申请登记的，预告登记失效。

第二十一条 【登记错误赔偿责任】当事人提供虚假材料申请登记，给他人造成损害的，应当承担赔偿责任。

因登记错误，给他人造成损害的，登记机构应当承担赔偿责任。登记机构赔偿后，可以向造成登记错误的人追偿。

第二十二条 【登记收费】不动产登记费按件收取，不得按照不动产的面积、体积或者价款的比例收取。具体收费标准由国务院有关部门会同价格主管部门规定。

第二节 动产交付

第二十三条 【动产物权交付生效】动产物权的设立和转让，自交付时发生效力，但法律另有规定的除外。

第二十四条 【特殊动产变动的登记】船舶、航空器和机动车等物权的设立、变更、转让和消灭，未经登记，不得对抗善意第三人。

第二十五条 【动产物权受让人先行占有】动产物权设立和转让前，权利人已经依法占有该动产的，物权自法律行为生效时发生效力。

第二十六条 【动产物权指示交付】动产物权设立和转让前，第三

人依法占有该动产的，负有交付义务的人可以通过转让请求第三人返还原物的权利代替交付。

第二十七条　【动产物权占有改定】动产物权转让时，双方又约定由出让人继续占有该动产的，物权自该约定生效时发生效力。

第三节　其他规定

第二十八条　【法律文书、征收导致的物权变动】因人民法院、仲裁委员会的法律文书或者人民政府的征收决定等，导致物权设立、变更、转让或者消灭的，自法律文书或者人民政府的征收决定等生效时发生效力。

第二十九条　【继承或者受遗赠导致的物权变动】因继承或者受遗赠取得物权的，自继承或者受遗赠开始时发生效力。

第三十条　【合法事实行为导致的物权变动】因合法建造、拆除房屋等事实行为设立或者消灭物权的，自事实行为成就时发生效力。

第三十一条　【非依法律行为进行的不动产物权变动效力】依照本法第二十八条至第三十条规定享有不动产物权的，处分该物权时，依照法律规定需要办理登记的，未经登记，不发生物权效力。

第三章　物权的保护

第三十二条　【物权争议解决途径】物权受到侵害的，权利人可以通过和解、调解、仲裁、诉讼等途径解决。

第三十三条　【物权确认请求权】因物权的归属、内容发生争议的，利害关系人可以请求确认权利。

第三十四条　【返还原物请求权】无权占有不动产或者动产的，权利人可以请求返还原物。

第三十五条　【消除危险、排除妨害请求权】妨害物权或者可能妨害物权的，权利人可以请求排除妨害或者消除危险。

第三十六条　【修理、重作、更换、恢复原状请求权】造成不动产或者动产毁损的,权利人可以请求修理、重作、更换或者恢复原状。

第三十七条　【损害赔偿与其他民事责任请求权】侵害物权,造成权利人损害的,权利人可以请求损害赔偿,也可以请求承担其他民事责任。

第三十八条　【物权保护方式的适用及行政、刑事责任】本章规定的物权保护方式,可以单独适用,也可以根据权利被侵害的情形合并适用。

侵害物权,除承担民事责任外,违反行政管理规定的,依法承担行政责任;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

第二编　所　有　权

第四章　一 般 规 定

第三十九条　【所有权的含义与基本内容】所有权人对自己的不动产或者动产,依法享有占有、使用、收益和处分的权利。

第四十条　【所有权人设定他物权】所有权人有权在自己的不动产或者动产上设立用益物权和担保物权。用益物权人、担保物权人行使权利,不得损害所有权人的权益。

第四十一条　【国家专属所有权】法律规定专属于国家所有的不动产和动产,任何单位和个人不能取得所有权。

第四十二条　【征收】为了公共利益的需要,依照法律规定的权限和程序可以征收集体所有的土地和单位、个人的房屋及其他不动产。

征收集体所有的土地,应当依法足额支付土地补偿费、安置补助费、地上附着物和青苗的补偿费等费用,安排被征地农民的社会保障费用,保障被征地农民的生活,维护被征地农民的合法权益。

征收单位、个人的房屋及其他不动产,应当依法给予拆迁补偿,维

护被征收人的合法权益;征收个人住宅的,还应当保障被征收人的居住条件。

任何单位和个人不得贪污、挪用、私分、截留、拖欠征收补偿费等费用。

第四十三条　【保护耕地、禁止违法征地】国家对耕地实行特殊保护,严格限制农用地转为建设用地,控制建设用地总量。不得违反法律规定的权限和程序征收集体所有的土地。

第四十四条　【征用】因抢险、救灾等紧急需要,依照法律规定的权限和程序可以征用单位、个人的不动产或者动产。被征用的不动产或者动产使用后,应当返还被征用人。单位、个人的不动产或者动产被征用或者征用后毁损、灭失的,应当给予补偿。

第五章　国家所有权和集体所有权、私人所有权

第四十五条　【国有财产的范围、性质及其行使】法律规定属于国家所有的财产,属于国家所有即全民所有。

国有财产由国务院代表国家行使所有权;法律另有规定的,依照其规定。

第四十六条　【矿藏、水流、海域国家所有权】矿藏、水流、海域属于国家所有。

第四十七条　【国有土地范围】城市的土地,属于国家所有。法律规定属于国家所有的农村和城市郊区的土地,属于国家所有。

第四十八条　【自然资源国家专属所有权】森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源,属于国家所有,但法律规定属于集体所有的除外。

第四十九条　【野生动植物资源国家专属所有权】法律规定属于国家所有的野生动植物资源,属于国家所有。

第五十条　【无线电频谱资源国家专属所有权】无线电频谱资源属于国家所有。

第五十一条　【文物国家专属所有权】法律规定属于国家所有的文物,属于国家所有。

第五十二条　【基础设施国家专属所有权】国防资产属于国家所有。

铁路、公路、电力设施、电信设施和油气管道等基础设施,依照法律规定为国家所有的,属于国家所有。

第五十三条　【国家机关的物权】国家机关对其直接支配的不动产和动产,享有占有、使用以及依照法律和国务院的有关规定处分的权利。

第五十四条　【国家举办的事业单位的物权】国家举办的事业单位对其直接支配的不动产和动产,享有占有、使用以及依照法律和国务院的有关规定收益、处分的权利。

第五十五条　【国家出资的企业出资人制度】国家出资的企业,由国务院、地方人民政府依照法律、行政法规规定分别代表国家履行出资人职责,享有出资人权益。

第五十六条　【国有财产的保护】国家所有的财产受法律保护,禁止任何单位和个人侵占、哄抢、私分、截留、破坏。

第五十七条　【国有资产监管及相关法律责任】履行国有财产管理、监督职责的机构及其工作人员,应当依法加强对国有财产的管理、监督,促进国有财产保值增值,防止国有财产损失;滥用职权,玩忽职守,造成国有财产损失的,应当依法承担法律责任。

违反国有财产管理规定,在企业改制、合并分立、关联交易等过程中,低价转让、合谋私分、擅自担保或者以其他方式造成国有财产损失的,应当依法承担法律责任。

第五十八条　【集体财产范围】集体所有的不动产和动产包括:

(一)法律规定属于集体所有的土地和森林、山岭、草原、荒地、滩涂;

（二）集体所有的建筑物、生产设施、农田水利设施；

（三）集体所有的教育、科学、文化、卫生、体育等设施；

（四）集体所有的其他不动产和动产。

第五十九条　【农民集体所有财产归属及重大事项决定程序】农民集体所有的不动产和动产，属于本集体成员集体所有。

下列事项应当依照法定程序经本集体成员决定：

（一）土地承包方案以及将土地发包给本集体以外的单位或者个人承包；

（二）个别土地承包经营权人之间承包地的调整；

（三）土地补偿费等费用的使用、分配办法；

（四）集体出资的企业的所有权变动等事项；

（五）法律规定的其他事项。

第六十条　【农民集体所有权的行使代表】对于集体所有的土地和森林、山岭、草原、荒地、滩涂等，依照下列规定行使所有权：

（一）属于村农民集体所有的，由村集体经济组织或者村民委员会代表集体行使所有权；

（二）分别属于村内两个以上农民集体所有的，由村内各该集体经济组织或者村民小组代表集体行使所有权；

（三）属于乡镇农民集体所有的，由乡镇集体经济组织代表集体行使所有权。

第六十一条　【城镇集体财产权利】城镇集体所有的不动产和动产，依照法律、行政法规的规定由本集体享有占有、使用、收益和处分的权利。

第六十二条　【集体财产状况公开】集体经济组织或者村民委员会、村民小组应当依照法律、行政法规、章程、村规民约向本集体成员公布集体财产的状况。

第六十三条　【集体财产权的保护】集体所有的财产受法律保护，

禁止任何单位和个人侵占、哄抢、私分、破坏。

集体经济组织、村民委员会或者其负责人做出的决定侵害集体成员合法权益的,受侵害的集体成员可以请求人民法院予以撤销。

第六十四条　【私有财产范围】私人对其合法的收入、房屋、生活用品、生产工具、原材料等不动产和动产享有所有权。

第六十五条　【保护私人合法权益】私人合法的储蓄、投资及其收益受法律保护。

国家依照法律规定保护私人的财产继承权及其他合法权益。

第六十六条　【私有财产保护】私人的合法财产受法律保护,禁止任何单位和个人侵占、哄抢、破坏。

第六十七条　【企业出资人及其权利】国家、集体和私人依法可以出资设立有限责任公司、股份有限公司或者其他企业。国家、集体和私人所有的不动产或者动产,投到企业的,由出资人按照约定或者出资比例享有资产收益、重大决策以及选择经营管理者等权利并履行义务。

第六十八条　【法人财产权】企业法人对其不动产和动产依照法律和章程享有占有、使用、收益和处分的权利。

企业法人以外的法人,对其不动产和动产的权利,适用有关法律和章程的规定。

第六十九条　【社团财产的保护】社会团体依法所有的不动产和动产,受法律保护。

第六章　业主的建筑物区分所有权

第七十条　【业主的建筑物区分所有权含义】业主对建筑物内的住宅、经营性用房等专有部分享有所有权,对专有部分以外的共有部分享有共有和共同管理的权利。

第七十一条　【业主对专有部分所有权的行使】业主对其建筑物专有部分享有占有、使用、收益和处分的权利。业主行使权利不得危及建

筑物的安全,不得损害其他业主的合法权益。

第七十二条　【业主对专有部分以外的共有部分权利义务】业主对建筑物专有部分以外的共有部分,享有权利,承担义务;不得以放弃权利不履行义务。

业主转让建筑物内的住宅、经营性用房,其对建筑物共有部分享有的共有和共同管理的权利一并转让。

第七十三条　【建筑区划内共有的范围】建筑区划内的道路,属于业主共有,但属于城镇公共道路的除外。建筑区划内的绿地,属于业主共有,但属于城镇公共绿地或者明示属于个人的除外。建筑区划内的其他公共场所、公用设施和物业服务用房,属于业主共有。

第七十四条　【车位、车库的归属与利用】建筑区划内,规划用于停放汽车的车位、车库应当首先满足业主的需要。

建筑区划内,规划用于停放汽车的车位、车库的归属,由当事人通过出售、附赠或者出租等方式约定。

占用业主共有的道路或者其他场地用于停放汽车的车位,属于业主共有。

第七十五条　【业主大会、业主委员会的设立】业主可以设立业主大会,选举业主委员会。

地方人民政府有关部门应当对设立业主大会和选举业主委员会给予指导和协助。

第七十六条　【业主共同决定的事项】下列事项由业主共同决定:

(一)制定和修改业主大会议事规则;

(二)制定和修改建筑物及其附属设施的管理规约;

(三)选举业主委员会或者更换业主委员会成员;

(四)选聘和解聘物业服务企业或者其他管理人;

(五)筹集和使用建筑物及其附属设施的维修资金;

(六)改建、重建建筑物及其附属设施;

（七）有关共有和共同管理权利的其他重大事项。

决定前款第五项和第六项规定的事项，应当经专有部分占建筑物总面积三分之二以上的业主且占总人数三分之二以上的业主同意。决定前款其他事项，应当经专有部分占建筑物总面积过半数的业主且占总人数过半数的业主同意。

第七十七条　【住宅变经营性用房的限制与条件】业主不得违反法律、法规以及管理规约，将住宅改变为经营性用房。业主将住宅改变为经营性用房的，除遵守法律、法规以及管理规约外，应当经有利害关系的业主同意。

第七十八条　【业主大会、业主委员会决定的效力】业主大会或者业主委员会的决定，对业主具有约束力。

业主大会或者业主委员会做出的决定侵害业主合法权益的，受侵害的业主可以请求人民法院予以撤销。

第七十九条　【建筑物及其附属设施的维修基金归属与使用】建筑物及其附属设施的维修资金，属于业主共有。经业主共同决定，可以用于电梯、水箱等共有部分的维修。维修资金的筹集、使用情况应当公布。

第八十条　【建筑物及其附属设施费用分摊与收益分配】建筑物及其附属设施的费用分摊、收益分配等事项，有约定的，按照约定；没有约定或者约定不明确的，按照业主专有部分占建筑物总面积的比例确定。

第八十一条　【建筑物及其附属设施管理】业主可以自行管理建筑物及其附属设施，也可以委托物业服务企业或者其他管理人管理。

对建设单位聘请的物业服务企业或者其他管理人，业主有权依法更换。

第八十二条　【物业服务机构或者其他管理人与业主关系】物业服务企业或者其他管理人根据业主的委托管理建筑区划内的建筑物及其附属设施，并接受业主的监督。

第八十三条　【业主义务与权益维护】业主应当遵守法律、法规以及管理规约。

业主大会和业主委员会，对任意弃置垃圾、排放污染物或者噪声、违反规定饲养动物、违章搭建、侵占通道、拒付物业费等损害他人合法权益的行为，有权依照法律、法规以及管理规约，要求行为人停止侵害、消除危险、排除妨害、赔偿损失。业主对侵害自己合法权益的行为，可以依法向人民法院提起诉讼。

第七章　相 邻 关 系

第八十四条　【相邻关系处理原则】不动产的相邻权利人应当按照有利生产、方便生活、团结互助、公平合理的原则，正确处理相邻关系。

第八十五条　【处理相邻关系依据】法律、法规对处理相邻关系有规定的，依照其规定；法律、法规没有规定的，可以按照当地习惯。

第八十六条　【用水与排水相邻关系】不动产权利人应当为相邻权利人用水、排水提供必要的便利。

对自然流水的利用，应当在不动产的相邻权利人之间合理分配。对自然流水的排放，应当尊重自然流向。

第八十七条　【相邻关系中通行权】不动产权利人对相邻权利人因通行等必须利用其土地的，应当提供必要的便利。

第八十八条　【相邻土地、建筑物的利用】不动产权利人因建造、修缮建筑物以及铺设电线、电缆、水管、暖气和煤气管线等必须利用相邻土地、建筑物的，该土地、建筑物的权利人应当提供必要的便利。

第八十九条　【通风、采光和日照】建造建筑物，不得违反国家有关工程建设标准，妨碍相邻建筑物的通风、采光和日照。

第九十条　【相邻损害防免关系】不动产权利人不得违反国家规定弃置固体废物，排放大气污染物、水污染物、噪声、光、电磁波辐射等有害物质。

第九十一条　【挖掘土地等危害的防免义务】不动产权利人挖掘土地、建造建筑物、铺设管线以及安装设备等,不得危及相邻不动产的安全。

第九十二条　【损害的避免与补偿】不动产权利人因用水、排水、通行、铺设管线等利用相邻不动产的,应当尽量避免对相邻的不动产权利人造成损害;造成损害的,应当给予赔偿。

第八章　共　　有

第九十三条　【共有的含义与共有的形式】不动产或者动产可以由两个以上单位、个人共有。共有包括按份共有和共同共有。

第九十四条　【按份共有】按份共有人对共有的不动产或者动产按照其份额享有所有权。

第九十五条　【共同共有】共同共有人对共有的不动产或者动产共同享有所有权。

第九十六条　【共有财产的管理】共有人按照约定管理共有的不动产或者动产;没有约定或者约定不明确的,各共有人都有管理的权利和义务。

第九十七条　【共有财产的处分或者重大修缮】处分共有的不动产或者动产以及对共有的不动产或者动产作重大修缮的,应当经占份额三分之二以上的按份共有人或者全体共同共有人同意,但共有人之间另有约定的除外。

第九十八条　【共有物管理费用的负担】对共有物的管理费用以及其他负担,有约定的,按照约定;没有约定或者约定不明确的,按份共有人按照其份额负担,共同共有人共同负担。

第九十九条　【共有物的分割原则】共有人约定不得分割共有的不动产或者动产,以维持共有关系的,应当按照约定,但共有人有重大理由需要分割的,可以请求分割;没有约定或者约定不明确的,按份共有

人可以随时请求分割，共同共有人在共有的基础丧失或者有重大理由需要分割时可以请求分割。因分割对其他共有人造成损害的，应当给予赔偿。

第一百条　【共有物的分割方式】共有人可以协商确定分割方式。达不成协议，共有的不动产或者动产可以分割并且不会因分割减损价值的，应当对实物予以分割；难以分割或者因分割会减损价值的，应当对折价或者拍卖、变卖取得的价款予以分割。

共有人分割所得的不动产或者动产有瑕疵的，其他共有人应当分担损失。

第一百零一条　【应有份额的转让与优先购买权】按份共有人可以转让其享有的共有的不动产或者动产份额。其他共有人在同等条件下享有优先购买的权利。

第一百零二条　【共有物上的债权债务】因共有的不动产或者动产产生的债权债务，在对外关系上，共有人享有连带债权、承担连带债务，但法律另有规定或者第三人知道共有人不具有连带债权债务关系的除外；在共有人内部关系上，除共有人另有约定外，按份共有人按照份额享有债权、承担债务，共同共有人共同享有债权、承担债务。偿还债务超过自己应当承担份额的按份共有人，有权向其他共有人追偿。

第一百零三条　【共有关系性质不明时的推定】共有人对共有的不动产或者动产没有约定为按份共有或者共同共有，或者约定不明确的，除共有人具有家庭关系等外，视为按份共有。

第一百零四条　【按份共有人份额不明时的份额确定规则】按份共有人对共有的不动产或者动产享有的份额，没有约定或者约定不明确的，按照出资额确定；不能确定出资额的，视为等额享有。

第一百零五条　【他物权的准共有】两个以上单位、个人共同享有用益物权、担保物权的，参照本章规定。

第九章 所有权取得的特别规定

第一百零六条 【善意取得】无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的,所有权人有权追回;除法律另有规定外,符合下列情形的,受让人取得该不动产或者动产的所有权:

(一)受让人受让该不动产或者动产时是善意的;

(二)以合理的价格转让;

(三)转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记,不需要登记的已经交付给受让人。

受让人依照前款规定取得不动产或者动产的所有权的,原所有权人有权向无处分权人请求赔偿损失。

当事人善意取得其他物权的,参照前两款规定。

第一百零七条 【遗失物的转让与善意取得】所有权人或者其他权利人有权追回遗失物。该遗失物通过转让被他人占有的,权利人有权向无处分权人请求损害赔偿,或者自知道或者应当知道受让人之日起二年内向受让人请求返还原物,但受让人通过拍卖或者向具有经营资格的经营者购得该遗失物的,权利人请求返还原物时应当支付受让人所付的费用。权利人向受让人支付所付费用后,有权向无处分权人追偿。

第一百零八条 【善意取得的动产上的原有权利】善意受让人取得动产后,该动产上的原有权利消灭,但善意受让人在受让时知道或者应当知道该权利的除外。

第一百零九条 【拾得遗失物的返还与送交义务】拾得遗失物,应当返还权利人。拾得人应当及时通知权利人领取,或者送交公安等有关部门。

第一百一十条 【收到遗失物的通知及公告义务】有关部门收到遗失物,知道权利人的,应当及时通知其领取;不知道的,应当及时发布招

领公告。

第一百一十一条　【遗失物保管义务】拾得人在遗失物送交有关部门前，有关部门在遗失物被领取前，应当妥善保管遗失物。因故意或者重大过失致使遗失物毁损、灭失的，应当承担民事责任。

第一百一十二条　【保管费用和报酬请求权】权利人领取遗失物时，应当向拾得人或者有关部门支付保管遗失物等支出的必要费用。

权利人悬赏寻找遗失物的，领取遗失物时应当按照承诺履行义务。

拾得人侵占遗失物的，无权请求保管遗失物等支出的费用，也无权请求权利人按照承诺履行义务。

第一百一十三条　【无人认领的遗失物】遗失物自发布招领公告之日起六个月内无人认领的，归国家所有。

第一百一十四条　【拾得漂流物、发现埋藏物或者隐藏物】拾得漂流物、发现埋藏物或者隐藏物的，参照拾得遗失物的有关规定。文物保护法等法律另有规定的，依照其规定。

第一百一十五条　【从物随主物转让】主物转让的，从物随主物转让，但当事人另有约定的除外。

第一百一十六条　【孳息的归属】天然孳息，由所有权人取得；既有所有权人又有用益物权人的，由用益物权人取得。当事人另有约定的，按照约定。

法定孳息，当事人有约定的，按照约定取得；没有约定或者约定不明确的，按照交易习惯取得。

第三编　用益物权

第十章　一般规定

第一百一十七条　【用益物权的基本权利】用益物权人对他人所有的不动产或者动产，依法享有占有、使用和收益的权利。

第一百一十八条　【国家集体自然资源的用益物权】国家所有或者国家所有由集体使用以及法律规定属于集体所有的自然资源,单位、个人依法可以占有、使用和收益。

第一百一十九条　【自然资源有偿使用制度】国家实行自然资源有偿使用制度,但法律另有规定的除外。

第一百二十条　【用益物权人的权利行使】用益物权人行使权利,应当遵守法律有关保护和合理开发利用资源的规定。所有权人不得干涉用益物权人行使权利。

第一百二十一条　【用益物权人因征收、征用而获得补偿】因不动产或者动产被征收、征用致使用益物权消灭或者影响用益物权行使的,用益物权人有权依照本法第四十二条、第四十四条的规定获得相应补偿。

第一百二十二条　【海域使用权】依法取得的海域使用权受法律保护。

第一百二十三条　【合法探矿权、采矿权、取水权、渔业养殖权受法律保护】依法取得的探矿权、采矿权、取水权和使用水域、滩涂从事养殖、捕捞的权利受法律保护。

第十一章　土地承包经营权

第一百二十四条　【双层经营体制】农村集体经济组织实行家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制。

农民集体所有和国家所有由农民集体使用的耕地、林地、草地以及其他用于农业的土地,依法实行土地承包经营制度。

第一百二十五条　【土地承包经营权人享有的基本权利】土地承包经营权人依法对其承包经营的耕地、林地、草地等享有占有、使用和收益的权利,有权从事种植业、林业、畜牧业等农业生产。

第一百二十六条　【土地承包期】耕地的承包期为三十年。草地的

承包期为三十年至五十年。林地的承包期为三十年至七十年;特殊林木的林地承包期,经国务院林业行政主管部门批准可以延长。

前款规定的承包期届满,由土地承包经营权人按照国家有关规定继续承包。

第一百二十七条 【土地承包经营权的设立和登记】土地承包经营权自土地承包经营权合同生效时设立。

县级以上地方人民政府应当向土地承包经营权人发放土地承包经营权证、林权证、草原使用权证,并登记造册,确认土地承包经营权。

第一百二十八条 【土地承包经营权的流转】土地承包经营权人依照农村土地承包法的规定,有权将土地承包经营权采取转包、互换、转让等方式流转。流转的期限不得超过承包期的剩余期限。未经依法批准,不得将承包地用于非农建设。

第一百二十九条 【互换、转让的登记】土地承包经营权人将土地承包经营权互换、转让,当事人要求登记的,应当向县级以上地方人民政府申请土地承包经营权变更登记;未经登记,不得对抗善意第三人。

第一百三十条 【承包地调整】承包期内发包人不得调整承包地。

因自然灾害严重毁损承包地等特殊情形,需要适当调整承包的耕地和草地的,应当依照农村土地承包法等法律规定办理。

第一百三十一条 【承包地收回】承包期内发包人不得收回承包地。农村土地承包法等法律另有规定的,依照其规定。

第一百三十二条 【承包地被征收的补偿】承包地被征收的,土地承包经营权人有权依照本法第四十二条第二款的规定获得相应补偿。

第一百三十三条 【依招标等其他方式的承包及其流转】通过招标、拍卖、公开协商等方式承包荒地等农村土地,依照农村土地承包法等法律和国务院的有关规定,其土地承包经营权可以转让、入股、抵押或者以其他方式流转。

第一百三十四条 【国有农用地承包经营的法律适用】国家所有的

农用地实行承包经营的，参照本法的有关规定。

第十二章　建设用地使用权

第一百三十五条　【建设用地使用权的含义】建设用地使用权人依法对国家所有的土地享有占有、使用和收益的权利，有权利用该土地建造建筑物、构筑物及其附属设施。

第一百三十六条　【建设用地使用权分层设立与限制】建设用地使用权可以在土地的地表、地上或者地下分别设立。新设立的建设用地使用权，不得损害已设立的用益物权。

第一百三十七条　【建设用地使用权出让方式】设立建设用地使用权，可以采取出让或者划拨等方式。

工业、商业、旅游、娱乐和商品住宅等经营性用地以及同一土地有两个以上意向用地者的，应当采取招标、拍卖等公开竞价的方式出让。

严格限制以划拨方式设立建设用地使用权。采取划拨方式的，应当遵守法律、行政法规关于土地用途的规定。

第一百三十八条　【建设用地使用权出让合同】采取招标、拍卖、协议等出让方式设立建设用地使用权的，当事人应当采取书面形式订立建设用地使用权出让合同。

建设用地使用权出让合同一般包括下列条款：

（一）当事人的名称和住所；

（二）土地界址、面积等；

（三）建筑物、构筑物及其附属设施占用的空间；

（四）土地用途；

（五）使用期限；

（六）出让金等费用及其支付方式；

（七）解决争议的方法。

第一百三十九条　【建设用地使用权登记】设立建设用地使用权

的，应当向登记机构申请建设用地使用权登记。建设用地使用权自登记时设立。登记机构应当向建设用地使用权人发放建设用地使用权证书。

第一百四十条　【土地的利用与用途变更】建设用地使用权人应当合理利用土地，不得改变土地用途；需要改变土地用途的，应当依法经有关行政主管部门批准。

第一百四十一条　【土地出让金】建设用地使用权人应当依照法律规定以及合同约定支付出让金等费用。

第一百四十二条　【建筑物、构筑物及其附属物的权属】建设用地使用权人建造的建筑物、构筑物及其附属设施的所有权属于建设用地使用权人，但有相反证据证明的除外。

第一百四十三条　【建设用地使用权的流转方式】建设用地使用权人有权将建设用地使用权转让、互换、出资、赠与或者抵押，但法律另有规定的除外。

第一百四十四条　【处分建设用地使用权的合同形式与期限】建设用地使用权转让、互换、出资、赠与或者抵押的，当事人应当采取书面形式订立相应的合同。使用期限由当事人约定，但不得超过建设用地使用权的剩余期限。

第一百四十五条　【建设用地使用权流转后的变更登记】建设用地使用权转让、互换、出资或者赠与的，应当向登记机构申请变更登记。

第一百四十六条　【建筑物等设施随建设用地使用权的流转而一并处分】建设用地使用权转让、互换、出资或者赠与的，附着于该土地上的建筑物、构筑物及其附属设施一并处分。

第一百四十七条　【建设用地使用权随建筑物等设施的流转而一并处分】建筑物、构筑物及其附属设施转让、互换、出资或者赠与的，该建筑物、构筑物及其附属设施占用范围内的建设用地使用权一并处分。

第一百四十八条　【建设用地使用权提前收回及其补偿】建设用地

使用权期间届满前,因公共利益需要提前收回该土地的,应当依照本法第四十二条的规定对该土地上的房屋及其他不动产给予补偿,并退还相应的出让金。

第一百四十九条 【建设用地使用权续期与地上物归属】住宅建设用地使用权期间届满的,自动续期。

非住宅建设用地使用权期间届满后的续期,依照法律规定办理。该土地上的房屋及其他不动产的归属,有约定的,按照约定;没有约定或者约定不明确的,依照法律、行政法规的规定办理。

第一百五十条 【建设用地使用权注销登记】建设用地使用权消灭的,出让人应当及时办理注销登记。登记机构应当收回建设用地使用权证书。

第一百五十一条 【集体所有的土地作为建设用地】集体所有的土地作为建设用地的,应当依照土地管理法等法律规定办理。

第十三章 宅基地使用权

第一百五十二条 【宅基地使用权的含义】宅基地使用权人依法对集体所有的土地享有占有和使用的权利,有权依法利用该土地建造住宅及其附属设施。

第一百五十三条 【宅基地使用权的取得、行使和转让适用法律衔接性规定】宅基地使用权的取得、行使和转让,适用土地管理法等法律和国家有关规定。

第一百五十四条 【宅基地灭失后的重新分配】宅基地因自然灾害等原因灭失的,宅基地使用权消灭。对失去宅基地的村民,应当重新分配宅基地。

第一百五十五条 【宅基地使用权的变更登记或注销登记】已经登记的宅基地使用权转让或者消灭的,应当及时办理变更登记或者注销登记。

第十四章　地　役　权

第一百五十六条　【地役权含义】地役权人有权按照合同约定,利用他人的不动产,以提高自己的不动产的效益。

前款所称他人的不动产为供役地,自己的不动产为需役地。

第一百五十七条　【地役权的设立与地役权合同】设立地役权,当事人应当采取书面形式订立地役权合同。

地役权合同一般包括下列条款:

(一)当事人的姓名或者名称和住所;

(二)供役地和需役地的位置;

(三)利用目的和方法;

(四)利用期限;

(五)费用及其支付方式;

(六)解决争议的方法。

第一百五十八条　【地役权效力与登记】地役权自地役权合同生效时设立。当事人要求登记的,可以向登记机构申请地役权登记;未经登记,不得对抗善意第三人。

第一百五十九条　【供役地权利人的允许与不作为义务】供役地权利人应当按照合同约定,允许地役权人利用其土地,不得妨害地役权人行使权利。

第一百六十条　【地役权人的义务】地役权人应当按照合同约定的利用目的和方法利用供役地,尽量减少对供役地权利人物权的限制。

第一百六十一条　【地役权的期限】地役权的期限由当事人约定,但不得超过土地承包经营权、建设用地使用权等用益物权的剩余期限。

第一百六十二条　【在享有或负担地役权的土地上设立承包经营权、宅基地使用权】土地所有权人享有地役权或者负担地役权的,设立土地承包经营权、宅基地使用权时,该土地承包经营权人、宅基地使用

权人继续享有或者负担已设立的地役权。

第一百六十三条　【在已经设立用益物权的土地上设立地役权的限制】土地上已设立土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权等权利的，未经用益物权人同意，土地所有权人不得设立地役权。

第一百六十四条　【地役权不得与需役地分离而单独转让】地役权不得单独转让。土地承包经营权、建设用地使用权等转让的，地役权一并转让，但合同另有约定的除外。

第一百六十五条　【地役权不得单独抵押】地役权不得单独抵押。土地承包经营权、建设用地使用权等抵押的，在实现抵押权时，地役权一并转让。

第一百六十六条　【需役地上的土地承包经营权、建设用地使用权部分转让】需役地以及需役地上的土地承包经营权、建设用地使用权部分转让时，转让部分涉及地役权的，受让人同时享有地役权。

第一百六十七条　【供役权上的土地承包经营权、建设用地使用权部分转让】供役地以及供役地上的土地承包经营权、建设用地使用权部分转让时，转让部分涉及地役权的，地役权对受让人具有约束力。

第一百六十八条　【地役权的消灭】地役权人有下列情形之一的，供役地权利人有权解除地役权合同，地役权消灭：

（一）违反法律规定或者合同约定，滥用地役权；

（二）有偿利用供役地，约定的付款期间届满后在合理期限内经两次催告未支付费用。

第一百六十九条　【地役权变更后的变更登记与注销登记】已经登记的地役权变更、转让或者消灭的，应当及时办理变更登记或者注销登记。

第四编　担 保 物 权

第十五章　一 般 规 定

第一百七十条　【担保物权的含义】担保物权人在债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，依法享有就担保财产优先受偿的权利，但法律另有规定的除外。

第一百七十一条　【担保物权适用范围与反担保】债权人在借贷、买卖等民事活动中，为保障实现其债权，需要担保的，可以依照本法和其他法律的规定设立担保物权。

第三人为债务人向债权人提供担保的，可以要求债务人提供反担保。反担保适用本法和其他法律的规定。

第一百七十二条　【担保合同的从属性及担保合同无效后的责任】设立担保物权，应当依照本法和其他法律的规定订立担保合同。担保合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效，担保合同无效，但法律另有规定的除外。

担保合同被确认无效后，债务人、担保人、债权人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的民事责任。

第一百七十三条　【担保物权的担保范围】担保物权的担保范围包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产和实现担保物权的费用。当事人另有约定的，按照约定。

第一百七十四条　【担保物权物上代位性】担保期间，担保财产毁损、灭失或者被征收等，担保物权人可以就获得的保险金、赔偿金或者补偿金等优先受偿。被担保债权的履行期未届满的，也可以提存该保险金、赔偿金或者补偿金等。

第一百七十五条　【未经担保人同意的债务转移】第三人提供担保，未经其书面同意，债权人允许债务人转移全部或者部分债务的，担

保人不再承担相应的担保责任。

第一百七十六条　【物的担保与人的担保的关系】被担保的债权既有物的担保又有人的担保的,债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形,债权人应当按照约定实现债权;没有约定或者约定不明确,债务人自己提供物的担保的,债权人应当先就该物的担保实现债权;第三人提供物的担保的,债权人可以就物的担保实现债权,也可以要求保证人承担保证责任。提供担保的第三人承担担保责任后,有权向债务人追偿。

第一百七十七条　【担保物权消灭的原因】有下列情形之一的,担保物权消灭:

(一)主债权消灭;

(二)担保物权实现;

(三)债权人放弃担保物权;

(四)法律规定担保物权消灭的其他情形。

第一百七十八条　【担保法与本法的效力衔接】担保法与本法的规定不一致的,适用本法。

第十六章　抵　押　权

第一节　一般抵押权

第一百七十九条　【一般抵押权的含义】为担保债务的履行,债务人或者第三人不转移财产的占有,将该财产抵押给债权人的,债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形,债权人有权就该财产优先受偿。

前款规定的债务人或者第三人为抵押人,债权人为抵押权人,提供担保的财产为抵押财产。

第一百八十条　【抵押财产的范围】债务人或者第三人有权处分的

下列财产可以抵押：

（一）建筑物和其他土地附着物；

（二）建设用地使用权；

（三）以招标、拍卖、公开协商等方式取得的荒地等土地承包经营权；

（四）生产设备、原材料、半成品、产品；

（五）正在建造的建筑物、船舶、航空器；

（六）交通运输工具；

（七）法律、行政法规未禁止抵押的其他财产。

抵押人可以将前款所列财产一并抵押。

第一百八十一条　【浮动抵押】经当事人书面协议，企业、个体工商户、农业生产经营者可以将现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品抵押，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，债权人有权就实现抵押权时的动产优先受偿。

第一百八十二条　【房地产抵押关系】以建筑物抵押的，该建筑物占用范围内的建设用地使用权一并抵押。以建设用地使用权抵押的，该土地上的建筑物一并抵押。

抵押人未依照前款规定一并抵押的，未抵押的财产视为一并抵押。

第一百八十三条　【乡镇、村企业的建设用地使用权及其建筑物的抵押】乡镇、村企业的建设用地使用权不得单独抵押。以乡镇、村企业的厂房等建筑物抵押的，其占用范围内的建设用地使用权一并抵押。

第一百八十四条　【禁止抵押的财产】下列财产不得抵押：

（一）土地所有权；

（二）耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权，但法律规定可以抵押的除外；

（三）学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体的教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施；

（四）所有权、使用权不明或者有争议的财产；

（五）依法被查封、扣押、监管的财产；

（六）法律、行政法规规定不得抵押的其他财产。

第一百八十五条　【设立抵押权与抵押合同】设立抵押权，当事人应当采取书面形式订立抵押合同。

抵押合同一般包括下列条款：

（一）被担保债权的种类和数额；

（二）债务人履行债务的期限；

（三）抵押财产的名称、数量、质量、状况、所在地、所有权归属或者使用权归属；

（四）担保的范围。

第一百八十六条　【流押的禁止】抵押权人在债务履行期届满前，不得与抵押人约定债务人不履行到期债务时抵押财产归债权人所有。

第一百八十七条　【不动产抵押登记】以本法第一百八十条第一款第一项至第三项规定的财产或者第五项规定的正在建造的建筑物抵押的，应当办理抵押登记。抵押权自登记时设立。

第一百八十八条　【动产抵押效力与登记对抗效力】以本法第一百八十条第一款第四项、第六项规定的财产或者第五项规定的正在建造的船舶、航空器抵押的，抵押权自抵押合同生效时设立；未经登记，不得对抗善意第三人。

第一百八十九条　【动产浮动抵押登记】企业、个体工商户、农业生产经营者以本法第一百八十一条规定的动产抵押的，应当向抵押人住所地的工商行政管理部门办理登记。抵押权自抵押合同生效时设立；未经登记，不得对抗善意第三人。

依照本法第一百八十一条规定抵押的，不得对抗正常经营活动中已支付合理价款并取得抵押财产的买受人。

第一百九十条　【抵押权与租赁权关系】订立抵押合同前抵押财产

已出租的，原租赁关系不受该抵押权的影响。抵押权设立后抵押财产出租的，该租赁关系不得对抗已登记的抵押权。

第一百九十一条　【抵押期间抵押物的转让】抵押期间，抵押人经抵押权人同意转让抵押财产的，应当将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。转让的价款超过债权数额的部分归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。

抵押期间，抵押人未经抵押权人同意，不得转让抵押财产，但受让人代为清偿债务消灭抵押权的除外。

第一百九十二条　【抵押权的转让或作为其他债权担保】抵押权不得与债权分离而单独转让或者作为其他债权的担保。债权转让的，担保该债权的抵押权一并转让，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

第一百九十三条　【抵押财产毁损或者价值减少时的处理】抵押人的行为足以使抵押财产价值减少的，抵押权人有权要求抵押人停止其行为。

抵押财产价值减少的，抵押权人有权要求恢复抵押财产的价值，或者提供与减少的价值相应的担保。抵押人不恢复抵押财产的价值也不提供担保的，抵押权人有权要求债务人提前清偿债务。

第一百九十四条　【抵押权及其顺位的放弃与抵押权变更】抵押权人可以放弃抵押权或者抵押权的顺位。抵押权人与抵押人可以协议变更抵押权顺位以及被担保的债权数额等内容，但抵押权的变更，未经其他抵押权人书面同意，不得对其他抵押权人产生不利影响。

债务人以自己的财产设定抵押，抵押权人放弃该抵押权、抵押权顺位或者变更抵押权的，其他担保人在抵押权人丧失优先受偿权益的范围内免除担保责任，但其他担保人承诺仍然提供担保的除外。

第一百九十五条　【抵押权实现的条件、方式和程序】债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，抵押权人可以

与抵押人协议以抵押财产折价或者以拍卖、变卖该抵押财产所得的价款优先受偿。协议损害其他债权人利益的，其他债权人可以在知道或者应当知道撤销事由之日起一年内请求人民法院撤销该协议。

抵押权人与抵押人未就抵押权实现方式达成协议的，抵押权人可以请求人民法院拍卖、变卖抵押财产。

抵押财产折价或者变卖的，应当参照市场价格。

第一百九十六条 【抵押财产的确定】依照本法第一百八十一条规定设定抵押的，抵押财产自下列情形之一发生时确定：

（一）债务履行期届满，债权未实现；

（二）抵押人被宣告破产或者被撤销；

（三）当事人约定的实现抵押权的情形；

（四）严重影响债权实现的其他情形。

第一百九十七条 【抵押财产孳息】债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，致使抵押财产被人民法院依法扣押的，自扣押之日起抵押权人有权收取该抵押财产的天然孳息或者法定孳息，但抵押权人未通知应当清偿法定孳息的义务人的除外。

前款规定的孳息应当先充抵收取孳息的费用。

第一百九十八条 【抵押财产变价超过或不足债权数额的处理】抵押财产折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。

第一百九十九条 【同一物上确定抵押权次序的规则】同一财产向两个以上债权人抵押的，拍卖、变卖抵押财产所得的价款依照下列规定清偿：

（一）抵押权已登记的，按照登记的先后顺序清偿；顺序相同的，按照债权比例清偿；

（二）抵押权已登记的先于未登记的受偿；

（三）抵押权未登记的，按照债权比例清偿。

第二百条　【建设用地使用权抵押的特别规定】建设用地使用权抵押后,该土地上新增的建筑物不属于抵押财产。该建设用地使用权实现抵押权时,应当将该土地上新增的建筑物与建设用地使用权一并处分,但新增建筑物所得的价款,抵押权人无权优先受偿。

第二百零一条　【土地承包经营权或者乡镇、村企业的建设用地使用权抵押的特别规定】依照本法第一百八十条第一款第三项规定的土地承包经营权抵押的,或者依照本法第一百八十三条规定以乡镇、村企业的厂房等建筑物占用范围内的建设用地使用权一并抵押的,实现抵押权后,未经法定程序,不得改变土地所有权的性质和土地用途。

第二百零二条　【抵押权存续期间】抵押权人应当在主债权诉讼时效期间行使抵押权;未行使的,人民法院不予保护。

第二节　最高额抵押权

第二百零三条　【最高额抵押权的含义】为担保债务的履行,债务人或者第三人对一定期间内将要连续发生的债权提供担保财产的,债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形,抵押权人有权在最高债权额限度内就该担保财产优先受偿。

最高额抵押权设立前已经存在的债权,经当事人同意,可以转入最高额抵押担保的债权范围。

第二百零四条　【最高额抵押转让的限制】最高额抵押担保的债权确定前,部分债权转让的,最高额抵押权不得转让,但当事人另有约定的除外。

第二百零五条　【最高额抵押权的变更】最高额抵押担保的债权确定前,抵押权人与抵押人可以通过协议变更债权确定的期间、债权范围以及最高债权额,但变更的内容不得对其他抵押权人产生不利影响。

第二百零六条　【最高额抵押权所担保的债权确定】有下列情形之一的,抵押权人的债权确定:

（一）约定的债权确定期间届满；

（二）没有约定债权确定期间或者约定不明确，抵押权人或者抵押人自最高额抵押权设立之日起满二年后请求确定债权；

（三）新的债权不可能发生；

（四）抵押财产被查封、扣押；

（五）债务人、抵押人被宣告破产或者被撤销；

（六）法律规定债权确定的其他情形。

第二百零七条　【最高额抵押权法律适用依据】最高额抵押权除适用本节规定外，适用本章第一节一般抵押权的规定。

第十七章　质　　权

第一节　动 产 质 权

第二百零八条　【动产质权的含义与基本权利】为担保债务的履行，债务人或者第三人将其动产出质给债权人占有的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现质权的情形，债权人有权就该动产优先受偿。

前款规定的债务人或者第三人为出质人，债权人为质权人，交付的动产为质押财产。

第二百零九条　【质押的禁止】法律、行政法规禁止转让的动产不得出质。

第二百一十条　【质权的设立与质押合同】设立质权，当事人应当采取书面形式订立质权合同。

质权合同一般包括下列条款：

（一）被担保债权的种类和数额；

（二）债务人履行债务的期限；

（三）质押财产的名称、数量、质量、状况；

（四）担保的范围；

（五）质押财产交付的时间。

第二百一十一条　【流质约款的禁止】质权人在债务履行期届满前，不得与出质人约定债务人不履行到期债务时质押财产归债权人所有。

第二百一十二条　【动产质权交付生效】质权自出质人交付质押财产时设立。

第二百一十三条　【质物孳息收取权】质权人有权收取质押财产的孳息，但合同另有约定的除外。

前款规定的孳息应当先充抵收取孳息的费用。

第二百一十四条　【质权人对质物使用、处分的限制与法律责任】质权人在质权存续期间，未经出质人同意，擅自使用、处分质押财产，给出质人造成损害的，应当承担赔偿责任。

第二百一十五条　【质权人妥善保管义务】质权人负有妥善保管质押财产的义务；因保管不善致使质押财产毁损、灭失的，应当承担赔偿责任。

质权人的行为可能使质押财产毁损、灭失的，出质人可以要求质权人将质押财产提存，或者要求提前清偿债务并返还质押财产。

第二百一十六条　【质物保全】因不能归责于质权人的事由可能使质押财产毁损或者价值明显减少，足以危害质权人权利的，质权人有权要求出质人提供相应的担保；出质人不提供的，质权人可以拍卖、变卖质押财产，并与出质人通过协议将拍卖、变卖所得的价款提前清偿债权或者提存。

第二百一十七条　【转质权】质权人在质权存续期间，未经出质人同意转质，造成质押财产毁损、灭失的，应当向出质人承担赔偿责任。

第二百一十八条　【质权的放弃】质权人可以放弃质权。债务人以自己的财产出质，质权人放弃该质权的，其他担保人在质权人丧失优先

受偿权益的范围内免除担保责任,但其他担保人承诺仍然提供担保的除外。

第二百一十九条 【质物的返还与质权的实现】债务人履行债务或者出质人提前清偿所担保的债权的,质权人应当返还质押财产。

债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现质权的情形,质权人可以与出质人协议以质押财产折价,也可以就拍卖、变卖质押财产所得的价款优先受偿。

质押财产折价或者变卖的,应当参照市场价格。

第二百二十条 【及时行使质权请求权及怠于行使质权的责任】出质人可以请求质权人在债务履行期届满后及时行使质权;质权人不行使的,出质人可以请求人民法院拍卖、变卖质押财产。

出质人请求质权人及时行使质权,因质权人怠于行使权利造成损害的,由质权人承担赔偿责任。

第二百二十一条 【质押财产变价后的归属规则】质押财产折价或者拍卖、变卖后,其价款超过债权数额的部分归出质人所有,不足部分由债务人清偿。

第二百二十二条 【最高额质权】出质人与质权人可以协议设立最高额质权。

最高额质权除适用本节有关规定外,参照本法第十六章第二节最高额抵押权的规定。

第二节 权利质权

第二百二十三条 【可以质押的权利范围】债务人或者第三人有权处分的下列权利可以出质:

(一)汇票、支票、本票;

(二)债券、存款单;

(三)仓单、提单;

（四）可以转让的基金份额、股权；

（五）可以转让的注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权；

（六）应收账款；

（七）法律、行政法规规定可以出质的其他财产权利。

第二百二十四条 【以票据权利出质的权利质权的设立】以汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单出质的，当事人应当订立书面合同。质权自权利凭证交付质权人时设立；没有权利凭证的，质权自有关部门办理出质登记时设立。

第二百二十五条 【质权人优先实现质权的权利】汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单的兑现日期或者提货日期先于主债权到期的，质权人可以兑现或者提货，并与出质人协议将兑现的价款或者提取的货物提前清偿债权或者提存。

第二百二十六条 【基金份额、股权质权的设定及质权限定效力】以基金份额、股权出质的，当事人应当订立书面合同。以基金份额、证券登记结算机构登记的股权出质的，质权自证券登记结算机构办理出质登记时设立；以其他股权出质的，质权自工商行政管理部门办理出质登记时设立。

基金份额、股权出质后，不得转让，但经出质人与质权人协商同意的除外。出质人转让基金份额、股权所得的价款，应当向质权人提前清偿债权或者提存。

第二百二十七条 【知识产权质权的设定】以注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权出质的，当事人应当订立书面合同。质权自有关主管部门办理出质登记时设立。

知识产权中的财产权出质后，出质人不得转让或者许可他人使用，但经出质人与质权人协商同意的除外。出质人转让或者许可他人使用出质的知识产权中的财产权所得的价款，应当向质权人提前清偿债务

或者提存。

第二百二十八条 【应收账款质权的设定与限制】以应收账款出质的，当事人应当订立书面合同。质权自信贷征信机构办理出质登记时设立。

应收账款出质后，不得转让，但经出质人与质权人协商同意的除外。出质人转让应收账款所得的价款，应当向质权人提前清偿债权或者提存。

第二百二十九条 【权利质权的法律适用依据】权利质权除适用本节规定外，适用本章第一节动产质权的规定。

第十八章 留 置 权

第二百三十条 【留置权的含义】债务人不履行到期债务，债权人可以留置已经合法占有的债务人的动产，并有权就该动产优先受偿。

前款规定的债权人为留置权人，占有的动产为留置财产。

第二百三十一条 【留置权财产与债权关系】债权人留置的动产，应当与债权属于同一法律关系，但企业之间留置的除外。

第二百三十二条 【留置权适用范围的限制】法律规定或者当事人约定不得留置的动产，不得留置。

第二百三十三条 【可分物作为留置财产的特殊规定】留置财产为可分物的，留置财产的价值应当相当于债务的金额。

第二百三十四条 【留置物的妥善保管义务】留置权人负有妥善保管留置财产的义务；因保管不善致使留置财产毁损、灭失的，应当承担赔偿责任。

第二百三十五条 【留置物孳息的收取】留置权人有权收取留置财产的孳息。

前款规定的孳息应当先充抵收取孳息的费用。

第二百三十六条 【留置权实现的一般规定】留置权人与债务人应

当约定留置财产后的债务履行期间；没有约定或者约定不明确的，留置权人应当给债务人两个月以上履行债务的期间，但鲜活易腐等不易保管的动产除外。债务人逾期未履行的，留置权人可以与债务人协议以留置财产折价，也可以就拍卖、变卖留置财产所得的价款优先受偿。

留置财产折价或者变卖的，应当参照市场价格。

第二百三十七条　【债务人请求留置权人行使留置权】债务人可以请求留置权人在债务履行期届满后行使留置权；留置权人不行使的，债务人可以请求人民法院拍卖、变卖留置财产。

第二百三十八条　【留置财产变价后超过或不足债权数额的归属规则】留置财产折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归债务人所有，不足部分由债务人清偿。

第二百三十九条　【留置权与抵押权或者质权关系】同一动产上已设立抵押权或者质权，该动产又被留置的，留置权人优先受偿。

第二百四十条　【留置权消灭的原因】留置权人对留置财产丧失占有或者留置权人接受债务人另行提供担保的，留置权消灭。

第五编　占　　有

第十九章　占　　有

第二百四十一条　【有权占有的法律适用】基于合同关系等产生的占有，有关不动产或者动产的使用、收益、违约责任等，按照合同约定；合同没有约定或者约定不明确的，依照有关法律规定。

第二百四十二条　【恶意占有人的赔偿责任】占有人因使用占有的不动产或者动产，致使该不动产或者动产受到损害的，恶意占有人应当承担赔偿责任。

第二百四十三条　【无权占有人原物及其孳息的返还义务与善意占有人的有关费用求偿权】不动产或者动产被占有人占有的，权利人可

以请求返还原物及其孳息，但应当支付善意占有人因维护该不动产或者动产支出的必要费用。

第二百四十四条 【占有人对占有物毁损、灭失的责任】占有的不动产或者动产毁损、灭失，该不动产或者动产的权利人请求赔偿的，占有人应当将因毁损、灭失取得的保险金、赔偿金或者补偿金等返还给权利人；权利人的损害未得到足够弥补的，恶意占有人还应当赔偿损失。

第二百四十五条 【占有保护请求权与除斥期间】占有的不动产或者动产被侵占的，占有人有权请求返还原物；对妨害占有的行为，占有人有权请求排除妨害或者消除危险；因侵占或者妨害造成损害的，占有人有权请求损害赔偿。

占有人返还原物的请求权，自侵占发生之日起一年内未行使的，该请求权消灭。

附　　则

第二百四十六条 【不动产登记制度的立法与过渡衔接规定】法律、行政法规对不动产统一登记的范围、登记机构和登记办法作出规定前，地方性法规可以依照本法有关规定作出规定。

第二百四十七条 【施行日期】本法自 2007 年 10 月 1 日起施行。



中华人民共和国民法通则(节选)

(1986年4月12日第六届全国人民代表大会第四次会议通过
1986年4月12日中华人民共和国主席令第37号公布
自1987年1月1日起施行)

第五章　民事权利

第一节　财产所有权和与财产所有权有关的财产权

第七十一条　【财产所有权的定义】财产所有权是指所有人依法对自己的财产享有占有、使用、收益和处分的权利。

第七十二条　【所有权的取得】财产所有权的取得,不得违反法律规定。

按照合同或者其他合法方式取得财产的,财产所有权从财产交付时起转移,法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

第七十三条　【国家财产所有权】国家财产属于全民所有。

国家财产神圣不可侵犯,禁止任何组织或者个人侵占、哄抢、私分、截留、破坏。

第七十四条　【集体财产所有权】劳动群众集体组织的财产属于劳动群众集体所有,包括:

(一)法律规定为集体所有的土地和森林、山岭、草原、荒地、滩涂等;

(二)集体经济组织的财产;

(三)集体所有的建筑物、水库、农田水利设施和教育、科学、文化、卫生、体育等设施;

(四)集体所有的其他财产。

集体所有的土地依照法律属于村农民集体所有,由村农业生产合作社等农业集体经济组织或者村民委员会经营、管理。已经属于乡(镇)农民集体经济组织所有的,可以属于乡(镇)农民集体所有。

集体所有的财产受法律保护,禁止任何组织或者个人侵占、哄抢、私分、破坏或者非法查封、扣押、冻结、没收。

第七十五条 【个人财产所有权】公民的个人财产,包括公民的合法收入、房屋、储蓄、生活用品、文物、图书资料、林木、牲畜和法律允许公民所有的生产资料以及其他合法财产。

公民的合法财产受法律保护,禁止任何组织或者个人侵占、哄抢、破坏或者非法查封、扣押、冻结、没收。

第七十六条 【财产继承权】公民依法享有财产继承权。

第七十七条 【社团财产】社会团体包括宗教团体的合法财产受法律保护。

第七十八条 【共有】财产可以由两个以上的公民、法人共有。

共有分为按份共有和共同共有。按份共有人按照各自的份额,对共有财产分享权利,分担义务。共同共有人对共有财产享有权利,承担义务。

按份共有财产的每个共有人有权要求将自己的份额分出或者转让。但在出售时,其他共有人在同等条件下,有优先购买的权利。

第七十九条 【埋藏物与拾得物的归属】所有人不明的埋藏物、隐藏物,归国家所有。接收单位应当对上缴的单位或者个人,给予表扬或者物质奖励。

拾得遗失物、漂流物或者失散的饲养动物,应当归还失主,因此而支出的费用由失主偿还。

第八十条　【土地使用权与承包经营权】国家所有的土地,可以依法由全民所有制单位使用,也可以依法确定由集体所有制单位使用,国家保护它的使用、收益的权利;使用单位有管理、保护、合理利用的义务。

公民、集体依法对集体所有的或者国家所有由集体使用的土地的承包经营权,受法律保护。承包双方的权利和义务,依照法律由承包合同规定。

土地不得买卖、出租、抵押或者以其他形式非法转让。

第八十一条　【自然资源使用权及承包经营权】国家所有的森林、山岭、草原、荒地、滩涂、水面等自然资源,可以依法由全民所有制单位使用,也可以依法确定由集体所有制单位使用,国家保护它的使用、收益的权利;使用单位有管理、保护、合理利用的义务。

国家所有的矿藏,可以依法由全民所有制单位和集体所有制单位开采,也可以依法由公民采挖。国家保护合法的采矿权。

公民、集体依法对集体所有的或者国家所有由集体使用的森林、山岭、草原、荒地、滩涂、水面的承包经营权,受法律保护。承包双方的权利和义务,依照法律由承包合同规定。

国家所有的矿藏、水流,国家所有的和法律规定属于集体所有的林地、山岭、草原、荒地、滩涂不得买卖、出租、抵押或者以其他形式非法转让。

第八十二条　【经营权】全民所有制企业对国家授予它经营管理的财产依法享有经营权,受法律保护。

第八十三条　【相邻关系】不动产的相邻各方,应当按照有利生产、方便生活、团结互助、公平合理的精神,正确处理截水、排水、通行、通风、采光等方面的相邻关系。给相邻方造成妨碍或者损失的,应当停止侵害,排除妨碍,赔偿损失。

最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国民法通则》若干问题的意见(试行)(节选)

(1988年4月2日最高人民法院公布
自1988年4月2日起施行　法(办)发〔1988〕6号)

四、民 事 权 利

(一)关于财产所有权和与财产所有权有关的财产权问题

84. 财产已经交付,但当事人约定财产所有权转移附条件的,在所附条件成就时,财产所有权方为转移。

85. 财产所有权合法转移后,一方翻悔的,不予支持。财产所有权尚未按原协议转移,一方翻悔并无正当理由,协议又能够履行的,应当继续履行;如果协议不能履行,给对方造成损失的,应当负赔偿责任。

86. 非产权人在使用他人的财产上增添附属物,财产所有人同意增添,并就财产返还时附属物如何处理有约定的,按约定办理;没有约定又协商不成,能够拆除的,可以责令拆除;不能拆除的,也可以折价归财产所有人;造成财产所有人损失的,应当负赔偿责任。

87. 有附属物的财产,附属物随财产所有权的转移而转移。但当事人另有约定又不违法的,按约定处理。

88. 对于共有财产,部分共有人主张按份共有,部分共有人主张共同共有,如果不能证明财产是按份共有的,应当认定为共同共有。

89. 共同共有人对共有财产享有共同的权利,承担共同的义务。在共同共有关系存续期间,部分共有人擅自处分共有财产的,一般认定无效。但第三人善意、有偿取得该项财产的,应当维护第三人的合法权

益;对其他共有人的损失,由擅自处分共有财产的人赔偿。

90. 在共同共有关系终止时,对共有财产的分割,有协议的,按协议处理;没有协议的,应当根据等分原则处理,并且考虑共有人对共有财产的贡献大小,适当照顾共有人生产、生活的实际需要等情况。但分割夫妻共有财产,应当根据婚姻法的有关规定处理。

91. 共有财产是特定物,而且不能分割或者分割有损其价值的,可以折价处理。

92. 共同共有财产分割后,一个或者数个原共有人出卖自己分得的财产时,如果出卖的财产与其他原共有人分得的财产属于一个整体或者配套使用,其他原共有人主张优先购买权的,应当予以支持。

93. 公民、法人对于挖掘、发现的埋藏物、隐藏物,如果能够证明属其所有,而且根据现行的法律、政策又可以归其所有的,应当予以保护。

94. 拾得物灭失、毁损,拾得人没有故意的,不承担民事责任。拾得人将拾得物据为己有,拒不返还而引起诉讼的,按照侵权之诉处理。

95. 公民和集体依法对集体所有的或者国家所有由集体使用的森林、土地、山岭、草原、荒地、滩涂、水面等承包经营的权利和义务。按承包合同的规定处理。承包人未经发包人同意擅自转包或者转让的无效。

96. 因土地、山岭、森林、草原、荒地、滩涂、水面等自然资源的所有权或者使用权发生权属争议的,应当由有关行政部门处理。对行政处理不服的,当事人可以依据有关法律和行政法规的规定,向人民法院提起诉讼;因侵权纠纷起诉的,人民法院可以直接受理。

97. 相邻一方因施工临时占用他方使用的土地,占用的一方如未按照双方约定的范围、用途和期限使用的,应当责令其及时清理现场,排除妨碍,恢复原状,赔偿损失。

98. 一方擅自堵截或者独占自然流水,影响他方正常生产、生活的,他方有权请求排除妨碍;造成他方损失的,应负赔偿责任。

99. 相邻一方必须使用另一方的土地排水的，应当予以准许；但应在必要限度内使用并采取适当的保护措施排水，如仍造成损失的，由受益人合理补偿。

相邻一方可以采取其他合理的措施排水而未采取，向他方土地排水毁损或者可能毁损他方财产，他方要求致害人停止侵害、消除危险、恢复原状、赔偿损失的，应当予以支持。

100. 一方必须在相邻一方使用的土地上通行的，应当予以准许；因此造成损失的，应当给予适当补偿。

101. 对于一方所有的或者使用的建筑物范围内历史形成的必经通道，所有权人或者使用权人不得堵塞。因堵塞影响他人生产、生活，他人要求排除妨碍或者恢复原状的，应当予以支持。但有条件另开通道的，也可以另开通道。

102. 处理相邻房屋滴水纠纷时，对有过错的一方造成他方损害的，应当责令其排除妨碍、赔偿损失。

103. 相邻一方在自己使用的土地上挖水沟、水池、地窖等或者种植的竹木根枝伸延，危及另一方建筑物的安全和正常使用的，应当分别情况，责令其消除危险，恢复原状，赔偿损失。

中华人民共和国担保法

（1995 年 6 月 30 日中华人民共和国主席令第 50 号公布
自 1995 年 10 月 1 日起施行）

第一章　总　　则

第一条　【立法目的】为促进资金融通和商品流通，保障债权的实

现，发展社会主义市场经济，制定本法。

第二条　【适用范围及担保方式】在借贷、买卖、货物运输、加工承揽等经济活动中，债权人需要以担保方式保障其债权实现的，可以依照本法规定设定担保。

本法规定的担保方式为保证、抵押、质押、留置和定金。

第三条　【担保活动基本原则】担保活动应当遵循平等、自愿、公平、诚实信用

第四条　【反担保】第三人为债务人向债权人提供担保时，可以要求债务人提供反担保。

反担保适用本法担保的规定。

第五条　【担保合同与主合同的关系以及担保合同无效后的法律后果】担保合同是主合同的从合同，主合同无效，担保合同无效。担保合同另有约定的，按照约定。

担保合同被确认无效后，债务人、担保人、债权人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的民事责任。

第二章　保　　证

第一节　保证和保证人

第六条　【保证的定义】本法所称保证，是指保证人和债权人约定，当债务人不履行债务时，保证人按照约定履行债务或者承担责任的行为。

第七条　【保证人的资格和范围】具有代为清偿债务能力的法人、其他组织或者公民，可以作保证人。

第八条　【国家机关作为保证人的禁止与例外】国家机关不得为保证人，但经国务院批准为使用外国政府或者国际经济组织贷款进行转贷的除外。

第九条　【公益法人作为保证人的禁止】学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体不得为保证人。

第十条　【企业法人分支机构、职能部门作为保证人的禁止与例外】企业法人的分支机构、职能部门不得为保证人。

企业法人的分支机构有法人书面授权的,可以在授权范围内提供保证。

第十一条　【强令提供担保的禁止】任何单位和个人不得强令银行等金融机构或者企业为他人提供保证;银行等金融机构或者企业对强令其为他人提供保证的行为,有权拒绝。

第十二条　【共同保证】同一债务有两个以上保证人的,保证人应当按照保证合同约定的保证份额,承担保证责任。没有约定保证份额的,保证人承担连带责任,债权人可以要求任何一个保证人承担全部保证责任,保证人都负有担保全部债权实现的义务。已经承担保证责任的保证人,有权向债务人追偿,或者要求承担连带责任的其他保证人清偿其应当承担的份额。

第二节　保证合同和保证方式

第十三条　【保证合同的订立】保证人与债权人应当以书面形式订立保证合同。

第十四条　【一时保证与最高额保证】保证人与债权人可以就单个主合同分别订立保证合同,也可以协议在最高债权额限度内就一定期间连续发生的借款合同或者某项商品交易合同订立一个保证合同。

第十五条　【保证合同的内容】保证合同应当包括以下内容:

(一)被保证的主债权种类、数额;

(二)债务人履行债务的期限;

(三)保证的方式;

(四)保证担保的范围;

（五）保证的期间；

（六）双方认为需要约定的其他事项。

保证合同不完全具备前款规定内容的，可以补正。

第十六条　【保证的方式】保证的方式有：

（一）一般保证；

（二）连带责任保证。

第十七条　【一般保证及先诉抗辩权】当事人在保证合同中约定，债务人不能履行债务时，由保证人承担保证责任的，为一般保证。

一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，对债权人可以拒绝承担保证责任。

有下列情形之一的，保证人不得行使前款规定的权利：

（一）债务人住所变更，致使债权人要求其履行债务发生重大困难的；

（二）人民法院受理债务人破产案件，中止执行程序的；

（三）保证人以书面形式放弃前款规定的权利的。

第十八条　【连带责任保证】当事人在保证合同中约定保证人与债务人对债务承担连带责任的，为连带责任保证。

连带责任保证的债务人在主合同规定的债务履行期届满没有履行债务的，债权人可以要求债务人履行债务，也可以要求保证人在其保证范围内承担保证责任。

第十九条　【保证方式没有约定或约定不明的推定】当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照连带责任保证承担保证责任。

第二十条　【保证人的一般抗辩权】一般保证和连带责任保证的保证人享有债务人的抗辩权。债务人放弃对债务的抗辩权的，保证人仍有权抗辩。

抗辩权是指债权人行使债权时，债务人根据法定事由，对抗债权人

行使请求权的权利。

第三节　保证责任

第二十一条　【保证范围】保证担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用。保证合同另有约定的,按照约定。

当事人对保证担保的范围没有约定或者约定不明确的,保证人应当对全部债务承担责任。

第二十二条　【债权让与对保证责任的影响】保证期间,债权人依法将主债权转让给第三人的,保证人在原保证担保的范围内继续承担保证责任。保证合同另有约定的,按照约定。

第二十三条　【债务承担对保证责任的影响】保证期间,债权人许可债务人转让债务的,应当取得保证人书面同意,保证人对未经其同意转让的债务,不再承担保证责任。

第二十四条　【债的变更对保证责任的影响】债权人与债务人协议变更主合同的,应当取得保证人书面同意,未经保证人书面同意的,保证人不再承担保证责任。保证合同另有约定的,按照约定。

第二十五条　【一般保证的保证期间】一般保证的保证人与债权人未约定保证期间的,保证期间为主债务履行期届满之日起六个月。

在合同约定的保证期间和前款规定的保证期间,债权人未对债务人提起诉讼或者申请仲裁的,保证人免除保证责任;债权人已提起诉讼或者申请仲裁的,保证期间适用诉讼时效中断的规定。

第二十六条　【连带责任的保证期间】连带责任保证的保证人与债权人未约定保证期间的,债权人有权自主债务履行期届满之日起六个月内要求保证人承担保证责任。

在合同约定的保证期间和前款规定的保证期间,债权人未要求保证人承担保证责任的,保证人免除保证责任。

第二十七条　【最高额保证的保证期间】保证人依照本法第十四条规定就连续发生的债权作保证，未约定保证期间的，保证人可以随时书面通知债权人终止保证合同，但保证人对于通知到债权人前所发生的债权，承担保证责任。

第二十八条　【保证担保与物的担保并存时保证责任的承担】同一债权既有保证又有物的担保的，保证人对物的担保以外的债权承担保证责任。

债权人放弃物的担保的，保证人在债权人放弃权利的范围内免除保证责任。

第二十九条　【企业法人的分支机构订立的无效保证合同的处理】企业法人的分支机构未经法人书面授权或者超出授权范围与债权人订立保证合同的，该合同无效或者超出授权范围的部分无效，债权人和企业法人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的民事责任；债权人无过错的，由企业法人承担民事责任。

第三十条　【保证责任的免除】有下列情形之一的，保证人不承担民事责任：

（一）主合同当事人双方串通，骗取保证人提供保证的；

（二）主合同债权人采取欺诈、胁迫等手段，使保证人在违背真实意思的情况下提供保证的。

第三十一条　【保证人的追偿权】保证人承担保证责任后，有权向债务人追偿。

第三十二条　【保证人追偿权的预先行使】人民法院受理债务人破产案件后，债权人未申报债权的，保证人可以参加破产财产分配，预先行使追偿权。

第三章　抵　　押

第一节　抵押和抵押物

第三十三条　【抵押、抵押人、抵押权人和抵押物】本法所称抵押，是指债务人或者第三人不转移对本法第三十四条所列财产的占有，将该财产作为债权的担保。债务人不履行债务时，债权人有权依照本法规定以该财产折价或者以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿。

前款规定的债务人或者第三人为抵押人，债权人为抵押权人，提供担保的财产为抵押物。

第三十四条　【抵押财产的范围】下列财产可以抵押：

（一）抵押人所有的房屋和其他地上定着物；

（二）抵押人所有的机器、交通运输工具和其他财产；

（三）抵押人依法有权处分的国有的土地使用权、房屋和其他地上定着物；

（四）抵押人依法有权处分的国有的机器、交通运输工具和其他财产；

（五）抵押人依法承包并经发包方同意抵押的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等荒地的土地使用权；

（六）依法可以抵押的其他财产。

抵押人可以将前款所列财产一并抵押。

第三十五条　【超值抵押之禁止】抵押人所担保的债权不得超出其抵押物的价值。

财产抵押后，该财产的价值大于所担保债权的余额部分，可以再次抵押，但不得超出其余额部分。

第三十六条　【设定抵押时房屋与土地使用权间的关系】以依法取得的国有土地上的房屋抵押的，该房屋占用范围内的国有土地使用权

同时抵押。

以出让方式取得的国有土地使用权抵押的，应当将抵押时该国有土地上的房屋同时抵押。

乡（镇）、村企业的土地使用权不得单独抵押。以乡（镇）、村企业的厂房等建筑物抵押的，其占用范围内的土地使用权同时抵押。

第三十七条 【不得设定抵押的财产】下列财产不得抵押：

（一）土地所有权；

（二）耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权，但本法第三十四条第（五）项、第三十六条第三款规定的除外；

（三）学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体的教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施；

（四）所有权、使用权不明或者有争议的财产；

（五）依法被查封、扣押、监管的财产；

（六）依法不得抵押的其他财产。

第二节 抵押合同和抵押物登记

第三十八条 【抵押合同的订立】抵押人和抵押权人应当以书面形式订立抵押合同。

第三十九条 【抵押合同内容】抵押合同应当包括以下内容：

（一）被担保的主债权种类、数额；

（二）债务人履行债务的期限；

（三）抵押物的名称、数量、质量、状况、所在地、所有权权属或者使用权权属；

（四）抵押担保的范围；

（五）当事人认为需要约定的其他事项。

抵押合同不完全具备前款规定内容的，可以补正。

第四十条 【抵押合同的禁止】订立抵押合同时，抵押权人和抵押

人在合同中不得约定在债务履行期届满抵押权人未受清偿时,抵押物的所有权转移为债权人所有。

第四十一条 【抵押物登记及其效力】当事人以本法第四十二条规定的财产抵押的,应当办理抵押物登记,抵押合同自登记之日起生效。

第四十二条 【抵押物登记机关】办理抵押物登记的部门如下:

(一)以无地上定着物的土地使用权抵押的,为核发土地使用权证书的土地管理部门;

(二)以城市房地产或者乡(镇)、村企业的厂房等建筑物抵押的,为县级以上地方人民政府规定的部门;

(三)以林木抵押的,为县级以上林木主管部门;

(四)以航空器、船舶、车辆抵押的,为运输工具的登记部门;

(五)以企业的设备和其他动产抵押的,为财产所在地的工商行政管理部门。

第四十三条 【抵押物的自愿登记】当事人以其他财产抵押的,可以自愿办理抵押物登记,抵押合同自签订之日起生效。

当事人未办理抵押物登记的,不得对抗第三人。当事人办理抵押物登记的,登记部门为抵押人所在地的公证部门。

第四十四条 【办理抵押物登记应提交的文件】办理抵押物登记,应当向登记部门提供下列文件或者其复印件:

(一)主合同和抵押合同;

(二)抵押物的所有权或者使用权证书。

第四十五条 【抵押登记资料的公开】登记部门登记的资料,应当允许查阅、抄录或者复印。

第三节 抵押的效力

第四十六条 【抵押担保的范围】抵押担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现抵押权的费用。抵押合同另有约定的,

按照约定。

第四十七条　【抵押权对抵押物所生孳息的效力】债务履行期届满，债务人不履行债务致使抵押物被人民法院依法扣押的，自扣押之日起抵押权人有权收取由抵押物分离的天然孳息以及抵押人就抵押物可以收取的法定孳息。抵押权人未将扣押抵押物的事实通知应当清偿法定孳息的义务人的，抵押权的效力不及于该孳息。

前款孳息应当先充抵收取孳息的费用。

第四十八条　【抵押权对抵押物上已存在的租赁权的效力】抵押人将已出租的财产抵押的，应当书面告知承租人，原租赁合同继续有效。

第四十九条　【抵押权的效力对抵押物处分权的影响】抵押期间，抵押人转让已办理登记的抵押物的，应当通知抵押权人并告知受让人转让物已经抵押的情况；抵押人未通知抵押权人或者未告知受让人的，转让行为无效。

转让抵押物的价款明显低于其价值的，抵押权人可以要求抵押人提供相应的担保；抵押人不提供的，不得转让抵押物。

抵押人转让抵押物所得的价款，应当向抵押权人提前清偿所担保的债权或者向与抵押权人约定的第三人提存。超过债权数额的部分，归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。

第五十条　【抵押权转移的从属性】抵押权不得与债权分离而单独转让或者作为其他债权的担保。

第五十一条　【抵押权人在抵押权受侵害时的权利】抵押人的行为足以使抵押物价值减少的，抵押权人有权要求抵押人停止其行为。抵押物价值减少时，抵押权人有权要求抵押人恢复抵押物的价值，或者提供与减少的价值相当的担保。

抵押人对抵押物价值减少无过错的，抵押权人只能在抵押人因损害而得到的赔偿范围内要求提供担保。抵押物价值未减少的部分，仍作为债权的担保。

第五十二条　【抵押权消灭的从属性】抵押权与其担保的债权同时存在,债权消灭的,抵押权也消灭。

第四节　抵押权的实现

第五十三条　【抵押权实现的条件和方式】债务履行期届满抵押权人未受清偿的,可以与抵押人协议以抵押物折价或者以拍卖、变卖该抵押物所得的价款受偿;协议不成的,抵押权人可以向人民法院提起诉讼。

抵押物折价或者拍卖、变卖后,其价款超过债权数额的部分归抵押人所有,不足部分由债务人清偿。

第五十四条　【抵押权的次序】同一财产向两个以上债权人抵押的,拍卖、变卖抵押物所得的价款按照以下规定清偿:

(一)抵押合同以登记生效的,按照抵押物登记的先后顺序清偿;顺序相同的,按照债权比例清偿;

(二)抵押合同自签订之日起生效的,该抵押物已登记的,按照本条第(一)项规定清偿;未登记的,按照合同生效时间的先后顺序清偿,顺序相同的,按照债权比例清偿。抵押物已登记的先于未登记的受偿。

第五十五条　【房地产抵押权的实现】城市房地产抵押合同签订后,土地上新增的房屋不属于抵押物。需要拍卖该抵押的房地产时,可以依法将该土地上新增的房屋与抵押物一同拍卖,但对拍卖新增房屋所得,抵押权人无权优先受偿。

依照本法规定以承包的荒地的土地使用权抵押的,或者以乡(镇)、村企业的厂房等建筑物占用范围内的土地使用权抵押的,在实现抵押权后,未经法定程序不得改变土地集体所有和土地用途。

第五十六条　【划拨国有土地使用权后抵押权的实现】拍卖划拨的国有土地使用权所得的价款,在依法缴纳相当于应缴纳的土地使用权出让金的款额后,抵押权人有优先受偿权。

第五十七条 【物上保证人的追偿权】为债务人抵押担保的第三人,在抵押权人实现抵押权后,有权向债务人追偿。

第五十八条 【抵押物灭失的法律后果】抵押权因抵押物灭失而消灭。因灭失所得的赔偿金,应当作为抵押财产。

第五节 最高额抵押

第五十九条 【最高额抵押的定义】本法所称最高额抵押,是指抵押人与抵押权人协议,在最高债权额限度内,以抵押物对一定期间内连续发生的债权作担保。

第六十条 【最高额抵押适用范围】借款合同可以附最高额抵押合同。

债权人与债务人就某项商品在一定期间内连续发生交易而签订的合同,可以附最高额抵押合同。

第六十一条 【最高额抵押的主债权转让的禁止】最高额抵押的主合同债权不得转让。

第六十二条 【最高额抵押的法律适用】最高额抵押除适用本节规定外,适用本章其他规定。

第四章 质 押

第一节 动产质押

第六十三条 【动产质押的定义】本法所称动产质押,是指债务人或者第三人将其动产移交债权人占有,将该动产作为债权的担保。债务人不履行债务时,债权人有权依照本法规定以该动产折价或者以拍卖、变卖该动产的价款优先受偿。

前款规定的债务人或者第三人为出质人,债权人为质权人,移交的动产为质物。

第六十四条　【质押合同的订立及其生效】出质人和质权人应当以书面形式订立质押合同。

质押合同自质物移交于质权人占有时生效。

第六十五条　【质押合同内容】质押合同应当包括以下内容：

（一）被担保的主债权种类、数额；

（二）债务人履行债务的期限；

（三）质物的名称、数量、质量、状况；

（四）质押担保的范围；

（五）质物移交的时间；

（六）当事人认为需要约定的其他事项。

质押合同不完全具备前款规定内容的，可以补正。

第六十六条　【留质契约的禁止】出质人和质权人在合同中不得约定在债务履行期届满质权人未受清偿时，质物的所有权转移为质权人所有。

第六十七条　【质押担保的范围】质押担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金、质物保管费用和实现质权的费用。质押合同另有约定的，按照约定。

第六十八条　【质物孳息的收取权】质权人有权收取质物所生的孳息。质押合同另有约定的，按照约定。

前款孳息应当先充抵收取孳息的费用。

第六十九条　【质物的保管义务】质权人负有妥善保管质物的义务。因保管不善致使质物灭失或者毁损的，质权人应当承担民事责任。

质权人不能妥善保管质物可能致使其灭失或者毁损的，出质人可以要求质权人将质物提存，或者要求提前清偿债权而返还质物。

第七十条　【质权人的物上代位权】质物有损坏或者价值明显减少的可能，足以危害质权人权利的，质权人可以要求出质人提供相应的担保。出质人不提供的，质权人可以拍卖或者变卖质物，并与出质人协议

将拍卖或者变卖所得的价款用于提前清偿所担保的债权或者向与出质人约定的第三人提存。

第七十一条　【质权人返还质物的义务、质权人的优先受偿权及质权的实现】债务履行期届满债务人履行债务的，或者出质人提前清偿所担保的债权的，质权人应当返还质物。

债务履行期届满质权人未受清偿的，可以与出质人协议以质物折价，也可以依法拍卖、变卖质物。

质物折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归出质人所有，不足部分由债务人清偿。

第七十二条　【物上保证人的追偿权】为债务人质押担保的第三人，在质权人实现质权后，有权向债务人追偿。

第七十三条　【质物灭失的法律后果】质权因质物灭失而消灭。因灭失所得的赔偿金，应当作为出质财产。

第七十四条　【质权消灭的从属性】质权与其担保的债权同时存在，债权消灭的，质权也消灭。

第二节　权利质押

第七十五条　【可以质押的权利】下列权利可以质押：

（一）汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单；

（二）依法可以转让的股份、股票；

（三）依法可以转让的商标专用权，专利权、著作权中的财产权；

（四）依法可以质押的其他权利。

第七十六条　【证券债权质押的设定】以汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单出质的，应当在合同约定的期限内将权利凭证交付质权人。质押合同自权利凭证交付之日起生效。

第七十七条　【证券债权质权的效力】以载明兑现或者提货日期的汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单出质的，汇票、支票、本票、债

券、存款单、仓单、提单兑现或者提货日期先于债务履行期的，质权人可以在债务履行期届满前兑现或者提货，并与出质人协议将兑现的价款或者提取的货物用于提前清偿所担保的债权或者向与出质人约定的第三人提存。

第七十八条　【股权质权的设定及股权质权的效力】以依法可以转让的股票出质的，出质人与质权人应当订立书面合同，并向证券登记机构办理出质登记。质押合同自登记之日起生效。

股票出质后，不得转让，但经出质人与质权人协商同意的可以转让。出质人转让股票所得的价款应当向质权人提前清偿所担保的债权或者向与质权人约定的第三人提存。

以有限责任公司的股份出质的，适用公司法股份转让的有关规定。质押合同自股份出质记载于股东名册之日起生效。

第七十九条　【知识产权质权的设定】以依法可以转让的商标专用权，专利权、著作权中的财产权出质的，出质人与质权人应当订立书面合同，并向其管理部门办理出质登记。质押合同自登记之日起生效。

第八十条　【知识产权质权的效力】本法第七十九条规定的权利出质后，出质人不得转让或者许可他人使用，但经出质人与质权人协商同意的可以转让或者许可他人使用。出质人所得的转让费、许可费应当向质权人提前清偿所担保的债权或者向与质权人约定的第三人提存。

第八十一条　【权利质押的法律适用】权利质押除适用本节规定外，适用本章第一节的规定。

第五章　留　　置

第八十二条　【留置与留置权】本法所称留置，是指依照本法第八十四条的规定，债权人按照合同约定占有债务人的动产，债务人不按照合同约定的期限履行债务的，债权人有权依照本法规定留置该财产，以该财产折价或者以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿。

第八十三条　【留置担保的范围】留置担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金、留置物保管费用和实现留置权的费用。

第八十四条　【留置的适用范围】因保管合同、运输合同、加工承揽合同发生的债权，债务人不履行债务的，债权人有留置权。

法律规定可以留置的其他合同，适用前款规定。

当事人可以在合同中约定不得留置的物。

第八十五条　【留置物的价值】留置的财产为可分物的，留置物的价值应当相当于债务的金额。

第八十六条　【留置物的保管义务】留置权人负有妥善保管留置物的义务。因保管不善致使留置物灭失或者毁损的，留置权人应当承担民事责任。

第八十七条　【留置权的实现】债权人与债务人应当在合同中约定，债权人留置财产后，债务人应当在不少于两个月的期限内履行债务。债权人与债务人在合同中未约定的，债权人留置债务人财产后，应当确定两个月以上的期限，通知债务人在该期限内履行债务。

债务人逾期仍不履行的，债权人可以与债务人协议以留置物折价，也可以依法拍卖、变卖留置物。

留置物折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归债务人所有，不足部分由债务人清偿。

第八十八条　【留置权的消灭】留置权因下列原因消灭：

（一）债权消灭的；

（二）债务人另行提供担保并被债权人接受的。

第六章　定　　金

第八十九条　【定金及其法律效力】当事人可以约定一方向对方给付定金作为债权的担保。债务人履行债务后，定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行约定的债务的，无权要求返还定金；收受

定金的一方不履行约定的债务的,应当双倍返还定金。

第九十条 【定金的成立】定金应当以书面形式约定。当事人在定金合同中应当约定交付定金的期限。定金合同从实际交付定金之日起生效。

第九十一条 【定金的数额】定金的数额由当事人约定,但不得超过主合同标的额的百分之二十。

第七章 附 则

第九十二条 【动产与不动产】本法所称不动产是指土地以及房屋、林木等地上定着物。

本法所称动产是指不动产以外的物。

第九十三条 【担保合同的表现形式】本法所称保证合同、抵押合同、质押合同、定金合同可以是单独订立的书面合同,包括当事人之间的具有担保性质的信函、传真等,也可以是主合同中的担保条款。

第九十四条 【担保物折价或变卖的价格确定】抵押物、质物、留置物折价或者变卖,应当参照市场价格。

第九十五条 【本法适用的例外】海商法等法律对担保有特别规定的,依照其规定。

第九十六条 【生效日期】本法自 1995 年 10 月 1 日起施行。



最高人民法院关于适用《中华人民共和国担保法》若干问题的解释

（2000 年 12 月 8 日最高人民法院公布
自 2000 年 12 月 13 日起施行　法释〔2000〕44 号）

为了正确适用《中华人民共和国担保法》（以下简称担保法），结合审判实践经验，对人民法院审理担保纠纷案件适用法律问题作出如下解释。

一、关于总则部分的解释

第一条　当事人对由民事关系产生的债权，在不违反法律、法规强制性规定的情况下，以担保法规定的方式设定担保的，可以认定为有效。

第二条　反担保人可以是债务人，也可以是债务人之外的其他人。

反担保方式可以是债务人提供的抵押或者质押，也可以是其他人提供的保证、抵押或者质押。

第三条　国家机关和以公益为目的的事业单位、社会团体违反法律规定提供担保的，担保合同无效。因此给债权人造成损失的，应当根据担保法第五条第二款的规定处理。

第四条　董事、经理违反《中华人民共和国公司法》第六十条的规定，以公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保的，担保合同无效。除债权人知道或者应当知道的外，债务人、担保人应当对债权人的损失承担连带赔偿责任。

第五条　以法律、法规禁止流通的财产或者不可转让的财产设定

担保的，担保合同无效。

以法律、法规限制流通的财产设定担保的，在实现债权时，人民法院应当按照有关法律、法规的规定对该财产进行处理。

第六条 有下列情形之一的，对外担保合同无效：

（一）未经国家有关主管部门批准或者登记对外担保的；

（二）未经国家有关主管部门批准或者登记，为境外机构向境内债权人提供担保的；

（三）为外商投资企业注册资本、外商投资企业中的外方投资部分的对外债务提供担保的；

（四）无权经营外汇担保业务的金融机构、无外汇收入的非金融性质的企业法人提供外汇担保的；

（五）主合同变更或者债权人将对外担保合同项下的权利转让，未经担保人同意和国家有关主管部门批准的，担保人不再承担担保责任。但法律、法规另有规定的除外。

第七条 主合同有效而担保合同无效，债权人无过错的，担保人与债务人对主合同债权人的经济损失，承担连带赔偿责任；债权人、担保人有过错的，担保人承担民事责任的部分，不应超过债务人不能清偿部分的二分之一。

第八条 主合同无效而导致担保合同无效，担保人无过错的，担保人不承担民事责任；担保人有过错的，担保人承担民事责任的部分，不应超过债务人不能清偿部分的三分之一。

第九条 担保人因无效担保合同向债权人承担赔偿责任后，可以向债务人追偿，或者在承担赔偿责任的范围内，要求有过错的反担保人承担赔偿责任。

担保人可以根据承担赔偿责任的事实对债务人或者反担保人另行提起诉讼。

第十条 主合同解除后，担保人对债务人应当承担的民事责任仍

应承担担保责任。但是,担保合同另有约定的除外。

第十一条　法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的担保合同,除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外,该代表行为有效。

第十二条　当事人约定的或者登记部门要求登记的担保期间,对担保物权的存续不具有法律约束力。

担保物权所担保的债权的诉讼时效结束后,担保权人在诉讼时效结束后的二年内行使担保物权的,人民法院应当予以支持。

二、关于保证部分的解释

第十三条　保证合同中约定保证人代为履行非金钱债务的,如果保证人不能实际代为履行,对债权人因此造成的损失,保证人应当承担赔偿责任。

第十四条　不具有完全代偿能力的法人、其他组织或者自然人,以保证人身份订立保证合同后,又以自己没有代偿能力要求免除保证责任的,人民法院不予支持。

第十五条　担保法第七条规定的其他组织主要包括:

(一)依法登记领取营业执照的独资企业、合伙企业;

(二)依法登记领取营业执照的联营企业;

(三)依法登记领取营业执照的中外合作经营企业;

(四)经民政部门核准登记的社会团体;

(五)经核准登记领取营业执照的乡镇、街道、村办企业。

第十六条　从事经营活动的事业单位、社会团体为保证人的,如无其他导致保证合同无效的情况,其所签定的保证合同应当认定为有效。

第十七条　企业法人的分支机构未经法人书面授权提供保证的,保证合同无效。因此给债权人造成损失的,应当根据担保法第五条第二款的规定处理。

企业法人的分支机构经法人书面授权提供保证的，如果法人的书面授权范围不明，法人的分支机构应当对保证合同约定的全部债务承担保证责任。

企业法人的分支机构经营管理的财产不足以承担保证责任的，由企业法人承担民事责任。

企业法人的分支机构提供的保证无效后应当承担赔偿责任的，由分支机构经营管理的财产承担。企业法人有过错的，按照担保法第二十九条的规定处理。

第十八条 企业法人的职能部门提供保证的，保证合同无效。债权人知道或者应当知道保证人为企业法人的职能部门的，因此造成的损失由债权人自行承担。

债权人不知保证人为企业法人的职能部门，因此造成的损失，可以参照担保法第五条第二款的规定和第二十九条的规定处理。

第十九条 两个以上保证人对同一债务同时或者分别提供保证时，各保证人与债权人没有约定保证份额的，应当认定为连带共同保证。

连带共同保证的保证人以其相互之间约定各自承担的份额对抗债权人的，人民法院不予支持。

第二十条 连带共同保证的债务人在主合同规定的债务履行期届满没有履行债务的，债权人可以要求债务人履行债务，也可以要求任何一个保证人承担全部保证责任。

连带共同保证的保证人承担保证责任后，向债务人不能追偿的部分，由各连带保证人按其内部约定的比例分担。没有约定的，平均分担。

第二十一条 按份共同保证的保证人按照保证合同约定的保证份额承担保证责任后，在其履行保证责任的范围内对债务人行使追偿权。

第二十二条 第三人单方以书面形式向债权人出具担保书，债权

人接受且未提出异议的，保证合同成立。

主合同中虽然没有保证条款，但是，保证人在主合同上以保证人的身份签字或者盖章的，保证合同成立。

第二十三条 最高额保证合同的不特定债权确定后，保证人应当对在最高债权额限度内就一定期间连续发生的债权余额承担保证责任。

第二十四条 一般保证的保证人在主债权履行期间届满后，向债权人提供了债务人可供执行财产的真实情况的，债权人放弃或者怠于行使权利致使该财产不能被执行，保证人可以请求人民法院在其提供可供执行财产的实际价值范围内免除保证责任。

第二十五条 担保法第十七条第三款第（一）项规定的债权人要求债务人履行债务发生的重大困难情形，包括债务人下落不明、移居境外，且无财产可供执行。

第二十六条 第三人向债权人保证监督支付专款专用的，在履行了监督支付专款专用的义务后，不再承担责任。未尽监督义务造成资金流失的，应当对流失的资金承担补充赔偿责任。

第二十七条 保证人对债务人的注册资金提供保证的，债务人的实际投资与注册资金不符，或者抽逃转移注册资金的，保证人在注册资金不足或者抽逃转移注册资金的范围内承担连带保证责任。

第二十八条 保证期间，债权人依法将主债权转让给第三人的，保证债权同时转让，保证人在原保证担保的范围内对受让人承担保证责任。但是保证人与债权人事先约定仅对特定的债权人承担保证责任或者禁止债权转让的，保证人不再承担保证责任。

第二十九条 保证期间，债权人许可债务人转让部分债务未经保证人书面同意的，保证人对未经其同意转让部分的债务，不再承担保证责任。但是，保证人仍应当对未转让部分的债务承担保证责任。

第三十条 保证期间，债权人与债务人对主合同数量、价款、币种、

利率等内容作了变动,未经保证人同意的,如果减轻债务人的债务的,保证人仍应当对变更后的合同承担保证责任;如果加重债务人的债务的,保证人对加重的部分不承担保证责任。

债权人与债务人对主合同履行期限作了变动,未经保证人书面同意的,保证期间为原合同约定的或者法律规定的期间。

债权人与债务人协议变动主合同内容,但并未实际履行的,保证人仍应当承担保证责任。

第三十一条 保证期间不因任何事由发生中断、中止、延长的法律后果。

第三十二条 保证合同约定的保证期间早于或者等于主债务履行期限的,视为没有约定,保证期间为主债务履行期届满之日起六个月。

保证合同约定保证人承担保证责任直至主债务本息还清时为止等类似内容的,视为约定不明,保证期间为主债务履行期届满之日起二年。

第三十三条 主合同对主债务履行期限没有约定或者约定不明的,保证期间自债权人要求债务人履行义务的宽限期届满之日起计算。

第三十四条 一般保证的债权人在保证期间届满前对债务人提起诉讼或者申请仲裁的,从判决或者仲裁裁决生效之日起,开始计算保证合同的诉讼时效。

连带责任保证的债权人在保证期间届满前要求保证人承担保证责任的,从债权人要求保证人承担保证责任之日起,开始计算保证合同的诉讼时效。

第三十五条 保证人对已经超过诉讼时效期间的债务承担保证责任或者提供保证的,又以超过诉讼时效为由抗辩的,人民法院不予支持。

第三十六条 一般保证中,主债务诉讼时效中断,保证债务诉讼时效中断;连带责任保证中,主债务诉讼时效中断,保证债务诉讼时效不

中断。

一般保证和连带责任保证中，主债务诉讼时效中止的，保证债务的诉讼时效同时中止。

第三十七条　最高额保证合同对保证期间没有约定或者约定不明的，如最高额保证合同约定有保证人清偿债务期限的，保证期间为清偿期限届满之日起六个月。没有约定债务清偿期限的，保证期间自最高额保证终止之日或自债权人收到保证人终止保证合同的书面通知到达之日起六个月。

第三十八条　同一债权既有保证又有第三人提供物的担保的，债权人可以请求保证人或者物的担保人承担担保责任。当事人对保证担保的范围或者物的担保的范围没有约定或者约定不明的，承担了担保责任的担保人，可以向债务人追偿，也可以要求其他担保人清偿其应当分担的份额。

同一债权既有保证又有物的担保的，物的担保合同被确认无效或者被撤销，或者担保物因不可抗力的原因灭失而没有代位物的，保证人仍应当按合同的约定或者法律的规定承担保证责任。

债权人在主合同履行期届满后怠于行使担保物权，致使担保物的价值减少或者毁损、灭失的，视为债权人放弃部分或者全部物的担保。保证人在债权人放弃权利的范围内减轻或者免除保证责任。

第三十九条　主合同当事人双方协议以新贷偿还旧贷，除保证人知道或者应当知道的外，保证人不承担民事责任。

新贷与旧贷系同一保证人的，不适用前款的规定。

第四十条　主合同债务人采取欺诈、胁迫等手段，使保证人在违背真实意思的情况下提供保证的，债权人知道或者应当知道欺诈、胁迫事实的，按照担保法第三十条的规定处理。

第四十一条　债务人与保证人共同欺骗债权人，订立主合同和保证合同的，债权人可以请求人民法院予以撤销。因此给债权人造成损

失的,由保证人与债务人承担连带赔偿责任。

第四十二条 人民法院判决保证人承担保证责任或者赔偿责任的,应当在判决书主文中明确保证人享有担保法第三十一条规定的权利。判决书中未予明确追偿权的,保证人只能按照承担责任的事实,另行提起诉讼。

保证人对债务人行使追偿权的诉讼时效,自保证人向债权人承担责任之日起开始计算。

第四十三条 保证人自行履行保证责任时,其实际清偿额大于主债权范围的,保证人只能在主债权范围内对债务人行使追偿权。

第四十四条 保证期间,人民法院受理债务人破产案件的,债权人既可以向人民法院申报债权,也可以向保证人主张权利。

债权人申报债权后在破产程序中未受清偿的部分,保证人仍应当承担保证责任。债权人要求保证人承担保证责任的,应当在破产程序终结后六个月内提出。

第四十五条 债权人知道或者应当知道债务人破产,既未申报债权也未通知保证人,致使保证人不能预先行使追偿权的,保证人在该债权在破产程序中可能受偿的范围内免除保证责任。

第四十六条 人民法院受理债务人破产案件后,债权人未申报债权的,各连带共同保证的保证人应当作为一个主体申报债权,预先行使追偿权。

三、关于抵押部分的解释

第四十七条 以依法获准尚未建造的或者正在建造中的房屋或者其他建筑物抵押的,当事人办理了抵押物登记,人民法院可以认定抵押有效。

第四十八条 以法定程序确认为违法、违章的建筑物抵押的,抵押无效。

第四十九条　以尚未办理权属证书的财产抵押的，在第一审法庭辩论终结前能够提供权利证书或者补办登记手续的，可以认定抵押有效。

当事人未办理抵押物登记手续的，不得对抗第三人。

第五十条　以担保法第三十四条第一款所列财产一并抵押的，抵押财产的范围应当以登记的财产为准。抵押财产的价值在抵押权实现时予以确定。

第五十一条　抵押人所担保的债权超出其抵押物价值的，超出的部分不具有优先受偿的效力。

第五十二条　当事人以农作物和与其尚未分离的土地使用权同时抵押的，土地使用权部分的抵押无效。

第五十三条　学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体，以其教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施以外的财产为自身债务设定抵押的，人民法院可以认定抵押有效。

第五十四条　按份共有人以其共有财产中享有的份额设定抵押的，抵押有效。

共同共有人以其共有财产设定抵押，未经其他共有人的同意，抵押无效。但是，其他共有人知道或者应当知道而未提出异议的视为同意，抵押有效。

第五十五条　已经设定抵押的财产被采取查封、扣押等财产保全或者执行措施的，不影响抵押权的效力。

第五十六条　抵押合同对被担保的主债权种类、抵押财产没有约定或者约定不明，根据主合同和抵押合同不能补正或者无法推定的，抵押不成立。

法律规定登记生效的抵押合同签订后，抵押人违背诚实信用原则拒绝办理抵押登记致使债权人受到损失的，抵押人应当承担赔偿责任。

第五十七条　当事人在抵押合同中约定，债务履行期届满抵押权

人未受清偿时,抵押物的所有权转移为债权人所有的内容无效。该内容的无效不影响抵押合同其他部分内容的效力。

债务履行期届满后抵押权人未受清偿时,抵押权人和抵押人可以协议以抵押物折价取得抵押物。但是,损害顺序在后的担保物权人和其他债权人利益的,人民法院可以适用合同法第七十四条、第七十五条的有关规定。

第五十八条 当事人同一天在不同的法定登记部门办理抵押物登记的,视为顺序相同。

因登记部门的原因致使抵押物进行连续登记的,抵押物第一次登记的日期,视为抵押登记的日期,并依此确定抵押权的顺序。

第五十九条 当事人办理抵押物登记手续时,因登记部门的原因致使其无法办理抵押物登记,抵押人向债权人交付权利凭证的,可以认定债权人对该财产有优先受偿权。但是,未办理抵押物登记的,不得对抗第三人。

第六十条 以担保法第四十二条第(二)项规定的不动产抵押的,县级以上地方人民政府对登记部门未作规定,当事人在土地管理部门或者房产管理部门办理了抵押物登记手续,人民法院可以确认其登记的效力。

第六十一条 抵押物登记记载的内容与抵押合同约定的内容不一致的,以登记记载的内容为准。

第六十二条 抵押物因附合、混合或者加工使抵押物的所有权为第三人所有的,抵押权的效力及于补偿金;抵押物所有人为附合物、混合物或者加工物的所有人的,抵押权的效力及于附合物、混合物或者加工物;第三人与抵押物所有人为附合物、混合物或者加工物的共有人的,抵押权的效力及于抵押人对共有物享有的份额。

第六十三条 抵押权设定前为抵押物的从物的,抵押权的效力及于抵押物的从物。但是,抵押物与其从物为两个以上的人分别所有时,

抵押权的效力不及于抵押物的从物。

第六十四条 债务履行期届满，债务人不履行债务致使抵押物被人民法院依法扣押的，自扣押之日起抵押权人收取的由抵押物分离的天然孳息和法定孳息，按照下列顺序清偿：

（一）收取孳息的费用；

（二）主债权的利息；

（三）主债权。

第六十五条 抵押人将已出租的财产抵押的，抵押权实现后，租赁合同在有效期内对抵押物的受让人继续有效。

第六十六条 抵押人将已抵押的财产出租的，抵押权实现后，租赁合同对受让人不具有约束力。

抵押人将已抵押的财产出租时，如果抵押人未书面告知承租人该财产已抵押的，抵押人对出租抵押物造成承租人的损失承担赔偿责任；如果抵押人已书面告知承租人该财产已抵押的，抵押权实现造成承租人的损失，由承租人自己承担。

第六十七条 抵押权存续期间，抵押人转让抵押物未通知抵押权人或者未告知受让人的，如果抵押物已经登记的，抵押权人仍可以行使抵押权；取得抵押物所有权的受让人，可以代替债务人清偿其全部债务，使抵押权消灭。受让人清偿债务后可以向抵押人追偿。

如果抵押物未经登记的，抵押权不得对抗受让人，因此给抵押权人造成损失的，由抵押人承担赔偿责任。

第六十八条 抵押物依法被继承或者赠与的，抵押权不受影响。

第六十九条 债务人有多个普通债权人的，在清偿债务时，债务人与其中一个债权人恶意串通，将其全部或者部分财产抵押给该债权人，因此丧失了履行其他债务的能力，损害了其他债权人的合法权益，受损害的其他债权人可以请求人民法院撤销该抵押行为。

第七十条 抵押人的行为足以使抵押物价值减少的，抵押权人请

求抵押人恢复原状或提供担保遭到拒绝时,抵押权人可以请求债务人履行债务,也可以请求提前行使抵押权。

第七十一条 主债权未受全部清偿的,抵押权人可以就抵押物的全部行使其抵押权。

抵押物被分割或者部分转让的,抵押权人可以就分割或者转让后的抵押物行使抵押权。

第七十二条 主债权被分割或者部分转让的,各债权人可以就其享有的债权份额行使抵押权。

主债务被分割或者部分转让的,抵押人仍以其抵押物担保数个债务人履行债务。但是,第三人提供抵押的,债权人许可债务人转让债务未经抵押人书面同意的,抵押人对未经其同意转让的债务,不再承担担保责任。

第七十三条 抵押物折价或者拍卖、变卖该抵押物的价款低于抵押权设定时约定价值的,应当按照抵押物实现的价值进行清偿。不足清偿的剩余部分,由债务人清偿。

第七十四条 抵押物折价或者拍卖、变卖所得的价款,当事人没有约定的,按下列顺序清偿:

(一)实现抵押权的费用;

(二)主债权的利息;

(三)主债权。

第七十五条 同一债权有两个以上抵押人的,债权人放弃债务人提供的抵押担保的,其他抵押人可以请求人民法院减轻或者免除其应当承担的担保责任。

同一债权有两个以上抵押人的,当事人对其提供的抵押财产所担保的债权份额或者顺序没有约定或者约定不明的,抵押权人可以就其中任一或者各个财产行使抵押权。

抵押人承担担保责任后,可以向债务人追偿,也可以要求其他抵押

人清偿其应当承担的份额。

第七十六条　同一动产向两个以上债权人抵押的，当事人未办理抵押物登记，实现抵押权时，各抵押权人按照债权比例受偿。

第七十七条　同一财产向两个以上债权人抵押的，顺序在先的抵押权与该财产的所有权归属一人时，该财产的所有权人可以以其抵押权对抗顺序在后的抵押权。

第七十八条　同一财产向两个以上债权人抵押的，顺序在后的抵押权所担保的债权先到期的，抵押权人只能就抵押物价值超出顺序在先的抵押担保债权的部分受偿。

顺序在先的抵押权所担保的债权先到期的，抵押权实现后的剩余价款应予提存，留待清偿顺序在后的抵押担保债权。

第七十九条　同一财产法定登记的抵押权与质权并存时，抵押权人优先于质权人受偿。

同一财产抵押权与留置权并存时，留置权人优先于抵押权人受偿。

第八十条　在抵押物灭失、毁损或者被征用的情况下，抵押权人可以就该抵押物的保险金、赔偿金或者补偿金优先受偿。

抵押物灭失、毁损或者被征用的情况下，抵押权所担保的债权未届清偿期的，抵押权人可以请求人民法院对保险金、赔偿金或补偿金等采取保全措施。

第八十一条　最高额抵押权所担保的债权范围，不包括抵押物因财产保全或者执行程序被查封后或债务人、抵押人破产后发生的债权。

第八十二条　当事人对最高额抵押合同的最高限额、最高额抵押期间进行变更，以其变更对抗顺序在后的抵押权人的，人民法院不予支持。

第八十三条　最高额抵押权所担保的不特定债权，在特定后，债权已届清偿期的，最高额抵押权人可以根据普通抵押权的规定行使其抵押权。

抵押权人实现最高额抵押权时,如果实际发生的债权余额高于最高限额的,以最高限额为限,超过部分不具有优先受偿的效力;如果实际发生的债权余额低于最高限额的,以实际发生的债权余额为限对抵押物优先受偿。

四、关于质押部分的解释

(一)动 产 质 押

第八十四条 出质人以其不具有所有权但合法占有的动产出质的,不知出质人无处分权的质权人行使质权后,因此给动产所有人造成损失的,由出质人承担赔偿责任。

第八十五条 债务人或者第三人将其金钱以特户、封金、保证金等形式特定化后,移交债权人占有作为债权的担保,债务人不履行债务时,债权人可以以该金钱优先受偿。

第八十六条 债务人或者第三人未按质押合同约定的时间移交质物的,因此给质权人造成损失的,出质人应当根据其过错承担赔偿责任。

第八十七条 出质人代质权人占有质物的,质押合同不生效;质权人将质物返还于出质人后,以其质权对抗第三人的,人民法院不予支持。

因不可归责于质权人的事由而丧失对质物的占有,质权人可以向不当占有人请求停止侵害、恢复原状、返还质物。

第八十八条 出质人以间接占有的财产出质的,质押合同自书面通知送达占有人时视为移交。占有人收到出质通知后,仍接受出质人的指示处分出质财产的,该行为无效。

第八十九条 质押合同中对质押的财产约定不明,或者约定的出质财产与实际移交的财产不一致的,以实际交付占有的财产为准。

第九十条　质物有隐蔽瑕疵造成质权人其他财产损害的，应由出质人承担赔偿责任。但是，质权人在质物移交时明知质物有瑕疵而予以接受的除外。

第九十一条　动产质权的效力及于质物的从物。但是，从物未随同质物移交质权人占有的，质权的效力不及于从物。

第九十二条　按照担保法第六十九条的规定将质物提存的，质物提存费用由质权人负担；出质人提前清偿债权的，应当扣除未到期部分的利息。

第九十三条　质权人在质权存续期间，未经出质人同意，擅自使用、出租、处分质物，因此给出质人造成损失的，由质权人承担赔偿责任。

第九十四条　质权人在质权存续期间，为担保自己的债务，经出质人同意，以其所占有的质物为第三人设定质权的，应当在原质权所担保的债权范围之内，超过的部分不具有优先受偿的效力。转质权的效力优于原质权。

质权人在质权存续期间，未经出质人同意，为担保自己的债务，在其所占有的质物上为第三人设定质权的无效。质权人对因转质而发生的损害承担赔偿责任。

第九十五条　债务履行期届满质权人未受清偿的，质权人可以继续留置质物，并以质物的全部行使权利。出质人清偿所担保的债权后，质权人应当返还质物。

债务履行期届满，出质人请求质权人及时行使权利，而质权人怠于行使权利致使质物价格下跌的，由此造成的损失，质权人应当承担赔偿责任。

第九十六条　本解释第五十七条、第六十二条、第六十四条、第七十一条、第七十二条、第七十三条、第七十四条、第八十条之规定，适用于动产质押。

(二)权 利 质 押

第九十七条 以公路桥梁、公路隧道或者公路渡口等不动产收益权出质的,按照担保法第七十五条第(四)项的规定处理。

第九十八条 以汇票、支票、本票出质,出质人与质权人没有背书记载“质押”字样,以票据出质对抗善意第三人的,人民法院不予支持。

第九十九条 以公司债券出质的,出质人与质权人没有背书记载“质押”字样,以债券出质对抗公司和第三人的,人民法院不予支持。

第一百条 以存款单出质的,签发银行核押后又受理挂失并造成存款流失的,应当承担民事责任。

第一百零一条 以票据、债券、存款单、仓单、提单出质的,质权人再转让或者质押的无效。

第一百零二条 以载明兑现或者提货日期的汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单出质的,其兑现或者提货日期后于债务履行期的,质权人只能在兑现或者提货日期届满时兑现款项或者提取货物。

第一百零三条 以股份有限公司的股份出质的,适用《中华人民共和国公司法》有关股份转让的规定。

以上市公司的股份出质的,质押合同自股份出质向证券登记机构办理出质登记之日起生效。

以非上市公司的股份出质的,质押合同自股份出质记载于股东名册之日起生效。

第一百零四条 以依法可以转让的股份、股票出质的,质权的效力及于股份、股票的法定孳息。

第一百零五条 以依法可以转让的商标专用权,专利权、著作权中的财产权出质的,出质人未经质权人同意而转让或者许可他人使用已出质权利的,应当认定为无效。因此给质权人或者第三人造成损失的,由出质人承担民事责任。

第一百零六条　质权人向出质人、出质债权的债务人行使质权时，出质人、出质债权的债务人拒绝的，质权人可以起诉出质人和出质债权的债务人，也可以单独起诉出质债权的债务人。

五、关于留置部分的解释

第一百零七条　当事人在合同中约定排除留置权，债务履行期届满，债权人行使留置权的，人民法院不予支持。

第一百零八条　债权人合法占有债务人交付的动产时，不知债务人无处分该动产的权利，债权人可以按照担保法第八十二条的规定行使留置权。

第一百零九条　债权人的债权已届清偿期，债权人对动产的占有与其债权的发生有牵连关系，债权人可以留置其所占有的动产。

第一百一十条　留置权人在债权未受全部清偿前，留置物为不可分物的，留置权人可以就其留置物的全部行使留置权。

第一百一十一条　债权人行使留置权与其承担的义务或者合同的特殊约定相抵触的，人民法院不予支持。

第一百一十二条　债权人的债权未届清偿期，其交付占有标的物的义务已届履行期的，不能行使留置权。但是，债权人能够证明债务人无支付能力的除外。

第一百一十三条　债权人未按担保法第八十七条规定的期限通知债务人履行义务，直接变价处分留置物的，应当对此造成的损失承担赔偿责任。债权人与债务人按照担保法第八十七条的规定在合同中约定宽限期的，债权人可以不经通知，直接行使留置权。

第一百一十四条　本解释第六十四条、第八十条、第八十七条、第九十一条、第九十三条的规定，适用于留置。

六、关于定金部分的解释

第一百一十五条 当事人约定以交付定金作为订立主合同担保的,给付定金的一方拒绝订立主合同的,无权要求返还定金;收受定金的一方拒绝订立合同的,应当双倍返还定金。

第一百一十六条 当事人约定以交付定金作为主合同成立或者生效要件的,给付定金的一方未支付定金,但主合同已经履行或者已经履行主要部分的,不影响主合同的成立或者生效。

第一百一十七条 定金交付后,交付定金的一方可以按照合同的约定以丧失定金为代价而解除主合同,收受定金的一方可以双倍返还定金为代价而解除主合同。对解除主合同后责任的处理,适用《中华人民共和国合同法》的规定。

第一百一十八条 当事人交付留置金、担保金、保证金、订约金、押金或者订金等,但没有约定定金性质的,当事人主张定金权利的,人民法院不予支持。

第一百一十九条 实际交付的定金数额多于或者少于约定数额,视为变更定金合同;收受定金一方提出异议并拒绝接受定金的,定金合同不生效。

第一百二十条 因当事人一方迟延履行或者其他违约行为,致使合同目的不能实现,可以适用定金罚则。但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

当事人一方不完全履行合同的,应当按照未履行部分所占合同约定内容的比例,适用定金罚则。

第一百二十一条 当事人约定的定金数额超过主合同标的额百分之二十的,超过的部分,人民法院不予支持。

第一百二十二条 因不可抗力、意外事件致使主合同不能履行的,不适用定金罚则。因合同关系以外第三人的过错,致使主合同不能履

行的，适用定金罚则。受定金处罚的一方当事人，可以依法向第三人追偿。

七、关于其他问题的解释

第一百二十三条　同一债权上数个担保物权并存时，债权人放弃债务人提供的物的担保的，其他担保人在其放弃权利的范围内减轻或者免除担保责任。

第一百二十四条　企业法人的分支机构为他人提供保证的，人民法院在审理保证纠纷案件中可以将该企业法人作为共同被告参加诉讼。但是商业银行、保险公司的分支机构提供保证的除外。

第一百二十五条　一般保证的债权人向债务人和保证人一并提起诉讼的，人民法院可以将债务人和保证人列为共同被告参加诉讼。但是，应当在判决书中明确在对债务人财产依法强制执行后仍不能履行债务时，由保证人承担保证责任。

第一百二十六条　连带责任保证的债权人可以将债务人或者保证人作为被告提起诉讼，也可以将债务人和保证人作为共同被告提起诉讼。

第一百二十七条　债务人对债权人提起诉讼，债权人提起反诉的，保证人可以作为第三人参加诉讼。

第一百二十八条　债权人向人民法院请求行使担保物权时，债务人和担保人应当作为共同被告参加诉讼。

同一债权既有保证又有物的担保的，当事人发生纠纷提起诉讼的，债务人与保证人、抵押人或者出质人可以作为共同被告参加诉讼。

第一百二十九条　主合同和担保合同发生纠纷提起诉讼的，应当根据主合同确定案件管辖。担保人承担连带责任的担保合同发生纠纷，债权人向担保人主张权利的，应当由担保人住所地的法院管辖。

主合同和担保合同选择管辖的法院不一致的，应当根据主合同确

定案件管辖。

第一百三十条 在主合同纠纷案件中，对担保合同未经审判，人民法院不应当依据对主合同当事人所作出的判决或者裁定，直接执行担保人的财产。

第一百三十一条 本解释所称“不能清偿”指对债务人的存款、现金、有价证券、成品、半成品、原材料、交通工具等可以执行的动产和其他方便执行的财产执行完毕后，债务仍未能得到清偿的状态。

第一百三十二条 在案件审理或者执行程序中，当事人提供财产担保的，人民法院应当对该财产的权属证书予以扣押，同时向有关部门发出协助执行通知书，要求其在规定的时间内不予办理担保财产的转移手续。

第一百三十三条 担保法施行以前发生的担保行为，适用担保行为发生时的法律、法规和有关司法解释。

担保法施行以后因担保行为发生的纠纷案件，在本解释公布施行前已经终审，当事人申请再审或者按审判监督程序决定再审的，不适用本解释。

担保法施行以后因担保行为发生的纠纷案件，在本解释公布施行后尚在一审或二审阶段的，适用担保法和本解释。

第一百三十四条 最高人民法院在担保法施行以前作出的有关担保问题的司法解释，与担保法和本解释相抵触的，不再适用。



中华人民共和国城市房地产管理法

（1994 年 7 月 5 日第八届全国人民代表大会
常务委员会第八次会议通过　2007 年 8 月 30 日第十届
全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议修正）

第一章　总　　则

第一条　【立法目的】为了加强对城市房地产的管理，维护房地产市场秩序，保障房地产权利人的合法权益，促进房地产业的健康发展，制定本法。

第二条　【适用范围及词条解释】在中华人民共和国城市规划区国有土地（以下简称国有土地）范围内取得房地产开发用地的土地使用权，从事房地产开发、房地产交易，实施房地产管理，应当遵守本法。

本法所称房屋，是指土地上的房屋等建筑物及构筑物。

本法所称房地产开发，是指在依据本法取得国有土地使用权的土地上进行基础设施、房屋建设的行为。

本法所称房地产交易，包括房地产转让、房地产抵押和房屋租赁。

第三条　【土地使用制度及例外】国家依法实行国有土地有偿、有限期使用制度。但是，国家在本法规定的范围内划拨国有土地使用权的除外。

第四条　【发展目标】国家根据社会、经济发展水平，扶持发展居民住宅建设，逐步改善居民的居住条件。

第五条　【权利人权利和义务】房地产权利人应当遵守法律和行政法规，依法纳税。房地产权利人的合法权益受法律保护，任何单位和个

人不得侵犯。

第六条 为了公共利益的需要,国家可以征收国有土地上单位和个人的房屋,并依法给予拆迁补偿,维护被征收人的合法权益;征收个人住宅的,还应当保障被征收人的居住条件。具体办法由国务院规定。

第七条 【房地产管理机构】国务院建设行政主管部门、土地管理部门依照国务院规定的职权划分,各司其职,密切配合,管理全国房地产工作。

县级以上地方人民政府房产管理、土地管理部门的机构设置及其职权由省、自治区、直辖市人民政府确定。

第二章 房地产开发用地

第一节 土地使用权出让

第八条 【土地使用权出让】土地使用权出让,是指国家将国有土地使用权(以下简称土地使用权)在一定年限内出让给土地使用者,由土地使用者向国家支付土地使用权出让金的行为。

第九条 【有偿出让】城市规划区内的集体所有的土地,经依法征用转为国有土地后,该幅国有土地的使用权方可有偿出让。

第十条 【出让条件】土地使用权出让,必须符合土地利用总体规划、城市规划和年度建设用地计划。

第十一条 【出让报批】县级以上地方人民政府出让土地使用权用于房地产开发的,须根据省级以上人民政府下达的控制指标拟订年度出让土地使用权总面积方案,按照国务院规定,报国务院或者省级人民政府批准。

第十二条 【出让步骤】土地使用权出让,由市、县人民政府有计划、有步骤地进行。出让的每幅地块、用途、年限和其他条件,由市、县人民政府土地管理部门会同城市规划、建设、房产管理部门共同拟定方

案，按照国务院规定，报经有批准权的人民政府批准后，由市、县人民政府土地管理部门实施。

直辖市的县人民政府及其有关部门行使前款规定的权限，由直辖市人民政府规定。

第十三条 【出让方式】土地使用权出让，可以采取拍卖、招标或者双方协议的方式。

商业、旅游、娱乐和豪华住宅用地，有条件的，必须采取拍卖、招标方式；没有条件，不能采取拍卖、招标方式的，可以采取双方协议的方式。

采取双方协议方式出让土地使用权的出让金不得低于按国家规定所确定的最低价。

第十四条 【年限规定】土地使用权出让最高年限由国务院规定。

第十五条 【出让合同签订】土地使用权出让，应当签订书面出让合同。

土地使用权出让合同由市、县人民政府土地管理部门与土地使用者签订。

第十六条 【出让金支付】土地使用者必须按照出让合同约定，支付土地使用权出让金；未按照出让合同约定支付土地使用权出让金的，土地管理部门有权解除合同，并可以请求违约赔偿。

第十七条 【出让土地的提供】土地使用者按照出让合同约定支付土地使用权出让金的，市、县人民政府土地管理部门必须按照出让合同约定，提供出让的土地；未按照出让合同约定提供出让的土地的，土地使用者有权解除合同，由土地管理部门返还土地使用权出让金，土地使用者并可以请求违约赔偿。

第十八条 【用途改变】土地使用者需要改变土地使用权出让合同约定的土地用途的，必须取得出让方和市、县人民政府城市规划行政主管部门的同意，签订土地使用权出让合同变更协议或者重新签订土地

使用权出让合同，相应调整土地使用权出让金。

第十九条　【出让金使用】土地使用权出让金应当全部上缴财政，列入预算，用于城市基础设施建设和土地开发。土地使用权出让金上缴和使用的具体办法由国务院规定。

第二十条　【土地使用权的收回】国家对土地使用者依法取得的土地使用权，在出让合同约定的使用年限届满前不收回；在特殊情况下，根据社会公共利益的需要，可以依照法律程序提前收回，并根据土地使用者使用土地的实际年限和开发土地的实际情况给予相应的补偿。

第二十一条　【使用权终止】土地使用权因土地灭失而终止。

第二十二条　【使用权续延】土地使用权出让合同约定的使用年限届满，土地使用者需要继续使用土地的，应当至迟于届满前一年申请续期，除根据社会公共利益需要收回该幅土地的，应当予以批准。经批准准予续期的，应当重新签订土地使用权出让合同，依照规定支付土地使用权出让金。

土地使用权出让合同约定的使用年限届满，土地使用者未申请续期或者虽申请续期但依照前款规定未获批准的，土地使用权由国家无偿收回。

第二节　土地使用权划拨

第二十三条　【使用权划拨】土地使用权划拨，是指县级以上人民政府依法批准，在土地使用者缴纳补偿、安置等费用后将该幅土地交付其使用，或者将土地使用权无偿交付给土地使用者使用的行为。

依照本法规定以划拨方式取得土地使用权的，除法律、行政法规另有规定外，没有使用期限的限制。

第二十四条　【划拨土地类别】下列建设用地的土地使用权，确属必需的，可以由县级以上人民政府依法批准划拨：

（一）国家机关用地和军事用地；

（二）城市基础设施用地和公益事业用地；

（三）国家重点扶持的能源、交通、水利等项目用地；

（四）法律、行政法规规定的其他用地。

第三章　房地产开发

第二十五条　【开发原则和总体规划】房地产开发必须严格执行城市规划，按照经济效益、社会效益、环境效益相统一的原则，实行全面规划、合理布局、综合开发、配套建设。

第二十六条　【出让开发条件】以出让方式取得土地使用权进行房地产开发的，必须按照土地使用权出让合同约定的土地用途、动工开发期限开发土地。超过出让合同约定的动工开发日期满一年未动工开发的，可以征收相当于土地使用权出让金百分之二十以下的土地闲置费；满二年未动工开发的，可以无偿收回土地使用权；但是，因不可抗力或者政府、政府有关部门的行为或者动工开发必需的前期工作造成动工开发迟延的除外。

第二十七条　【项目总体要求】房地产开发项目的设计、施工，必须符合国家的有关标准和规范。

房地产开发项目竣工，经验收合格后，方可交付使用。

第二十八条　【土地使用权处置】依法取得的土地使用权，可以依照本法和有关法律、行政法规的规定，作价入股，合资、合作开发经营房地产。

第二十九条　【国家扶持】国家采取税收等方面的优惠措施鼓励和扶持房地产开发企业开发建设居民住宅。

第三十条　【企业设立】房地产开发企业是以营利为目的，从事房地产开发和经营的企业。设立房地产开发企业，应当具备下列条件：

（一）有自己的名称和组织机构；

（二）有固定的经营场所；

（三）有符合国务院规定的注册资本；

（四）有足够的专业技术人员；

（五）法律、行政法规规定的其他条件。

设立房地产开发企业，应当向工商行政管理部门申请设立登记。工商行政管理部门对符合本法规定条件的，应当予以登记，发给营业执照；对不符合本法规定条件的，不予登记。

设立有限责任公司、股份有限公司，从事房地产开发经营的，还应当执行公司法的有关规定。

房地产开发企业在领取营业执照后的一个月内，应当到登记机关所在地的县级以上地方人民政府规定的部门备案。

第三十一条 【注册资本和投资额】房地产开发企业的注册资本与投资总额的比例应当符合国家有关规定。

房地产开发企业分期开发房地产的，分期投资额应当与项目规模相适应，并按照土地使用权出让合同的约定，按期投入资金，用于项目建设。

第四章 房地产交易

第一节 一般规定

第三十二条 【房屋、土地所有权随转】房地产转让、抵押时，房屋的所有权和该房屋占用范围内的土地使用权同时转让、抵押。

第三十三条 【地价确定】基准地价、标定地价和各类房屋的重置价格应当定期确定并公布。具体办法由国务院规定。

第三十四条 【价格评估】国家实行房地产价格评估制度。

房地产价格评估，应当遵循公正、公平、公开的原则，按照国家规定的技术标准和评估程序，以基准地价、标定地价和各类房屋的重置价格为基础，参照当地的市场价格进行评估。

第三十五条　【价格申报】国家实行房地产成交价格申报制度。

房地产权利人转让房地产，应当向县级以上地方人民政府规定的部门如实申报成交价，不得瞒报或者作不实的申报。

第三十六条　【权属登记】房地产转让、抵押，当事人应当依照本法第五章的规定办理权属登记。

第二节　房地产转让

第三十七条　【房地产转让】房地产转让，是指房地产权利人通过买卖、赠与或者其他合法方式将其房地产转移给他人的行为。

第三十八条　【禁止转让的房地产】下列房地产，不得转让：

（一）以出让方式取得土地使用权的，不符合本法第三十八条规定的条件的；

（二）司法机关和行政机关依法裁定、决定查封或者以其他形式限制房地产权利的；

（三）依法收回土地使用权的；

（四）共有房地产，未经其他共有人书面同意的；

（五）权属有争议的；

（六）未依法登记领取权属证书的；

（七）法律、行政法规规定禁止转让的其他情形。

第三十九条　【出让转让条件】以出让方式取得土地使用权的，转让房地产时，应当符合下列条件：

（一）按照出让合同约定已经支付全部土地使用权出让金，并取得土地使用权证书；

（二）按照出让合同约定进行投资开发，属于房屋建设工程的，完成开发投资总额的百分之二十五以上，属于成片开发土地的，形成工业用地或者其他建设用地条件。

转让房地产时房屋已经建成的，还应当持有房屋所有权证书。

第四十条 【划拨转让报批】以划拨方式取得土地使用权的,转让房地产时,应当按照国务院规定,报有批准权的人民政府审批。有批准权的人民政府准予转让的,应当由受让方办理土地使用权出让手续,并依照国家有关规定缴纳土地使用权出让金。

以划拨方式取得土地使用权的,转让房地产报批时,有批准权的人民政府按照国务院规定决定可以不办理土地使用权出让手续的,转让方应当按照国务院规定将转让房地产所获收益中的土地收益上缴国家或者作其他处理。

第四十一条 【转让合同】房地产转让,应当签订书面转让合同,合同中应当载明土地使用权取得的方式。

第四十二条 【合同权利义务转移】房地产转让时,土地使用权出让合同载明的权利、义务随之转移。

第四十三条 【出让转让使用权年限】以出让方式取得土地使用权的,转让房地产后,其土地使用权的使用年限为原土地使用权出让合同约定的使用年限减去原土地使用者已经使用年限后的剩余年限。

第四十四条 【出让转让土地用途改变】以出让方式取得土地使用权的,转让房地产后,受让人改变原土地使用权出让合同约定的土地用途的,必须取得原出让方和市、县人民政府城市规划行政主管部门的同意,签订土地使用权出让合同变更协议或者重新签订土地使用权出让合同,相应调整土地使用权出让金。

第四十五条 【商品房预售条件】商品房预售,应当符合下列条件:

(一)已交付全部土地使用权出让金,取得土地使用权证书;

(二)持有建设工程规划许可证;

(三)按提供预售的商品房计算,投入开发建设的资金达到工程建设总投资的百分之二十五以上,并已经确定施工进度和竣工交付日期;

(四)向县级以上人民政府房产管理部门办理预售登记,取得商品房预售许可证明。

商品房预售人应当按照国家有关规定将预售合同报县级以上人民政府房产管理部门和土地管理部门登记备案。

商品房预售所得款项，必须用于有关的工程建设。

第四十六条　【预售再转让规定】商品房预售的，商品房预购人将购买的未竣工的预售商品房再行转让的问题，由国务院规定。

第三节　房地产抵押

第四十七条　【房地产抵押】房地产抵押，是指抵押人以其合法的房地产以不转移占有的方式向抵押权人提供债务履行担保的行为。债务人不履行债务时，抵押权人有权依法以抵押的房地产拍卖所得的价款优先受偿。

第四十八条　【抵押权设定】依法取得的房屋所有权连同该房屋占用范围内的土地使用权，可以设定抵押权。

以出让方式取得的土地使用权，可以设定抵押权。

第四十九条　【抵押办理凭证】房地产抵押，应当凭土地使用权证书、房屋所有权证书办理。

第五十条　【抵押合同】房地产抵押，抵押人和抵押权人应当签订书面抵押合同。

第五十一条　【抵押权人优先受偿限制】设定房地产抵押权的土地使用权是以划拨方式取得的，依法拍卖该房地产后，应当从拍卖所得的价款中缴纳相当于应缴纳的土地使用权出让金的款额后，抵押权人方可优先受偿。

第五十二条　【新增房屋处理】房地产抵押合同签订后，土地上新增的房屋不属于抵押财产。需要拍卖该抵押的房地产时，可以依法将土地上新增的房屋与抵押财产一同拍卖，但对拍卖新增房屋所得，抵押权人无权优先受偿。

第四节　房屋租赁

第五十三条　【房屋租赁】房屋租赁,是指房屋所有权人作为出租人将其房屋出租给承租人使用,由承租人向出租人支付租金的行为。

第五十四条　【租赁合同的签订与备案】房屋租赁,出租人和承租人应当签订书面租赁合同,约定租赁期限、租赁用途、租赁价格、修缮责任等条款,以及双方的其他权利和义务,并向房产管理部门登记备案。

第五十五条　【住房租赁】住宅用房的租赁,应当执行国家和房屋所在城市人民政府规定的租赁政策。租用房屋从事生产、经营活动的,由租赁双方协商议定租金和其他租赁条款。

第五十六条　【土地收益上缴】以营利为目的,房屋所有权人将以划拨方式取得使用权的国有土地上建成的房屋出租的,应当将租金中所含土地收益上缴国家。具体办法由国务院规定。

第五节　中介服务机构

第五十七条　【类别】房地产中介服务机构包括房地产咨询机构、房地产价格评估机构、房地产经纪机构等。

第五十八条　【中介机构条件】房地产中介服务机构应当具备下列条件:

(一)有自己的名称和组织机构;

(二)有固定的服务场所;

(三)有必要的财产和经费;

(四)有足够数量的专业人员;

(五)法律、行政法规规定的其他条件。

设立房地产中介服务机构,应当向工商行政管理部门申请设立登记,领取营业执照后,方可开业。

第五十九条　【价格评估资格认证】国家实行房地产价格评估人员

资格认证制度。

第五章　房地产权属登记管理

第六十条　【登记发证制度】国家实行土地使用权和房屋所有权登记发证制度。

第六十一条　【使用权登记申请与权证颁发】以出让或者划拨方式取得土地使用权，应当向县级以上地方人民政府土地管理部门申请登记，经县级以上地方人民政府土地管理部门核实，由同级人民政府颁发土地使用权证书。

在依法取得的房地产开发用地上建成房屋的，应当凭土地使用权证书向县级以上地方人民政府房产管理部门申请登记，由县级以上地方人民政府房产管理部门核实并颁发房屋所有权证书。

房地产转让或者变更时，应当向县级以上地方人民政府房产管理部门申请房产变更登记，并凭变更后的房屋所有权证书向同级人民政府土地管理部门申请土地使用权变更登记，经同级人民政府土地管理部门核实，由同级人民政府更换或者更改土地使用权证书。

法律另有规定的，依照有关法律的规定办理。

第六十二条　【抵押登记】房地产抵押时，应当向县级以上地方人民政府规定的部门办理抵押登记。

因处分抵押房地产而取得土地使用权和房屋所有权的，应当依照本章规定办理过户登记。

第六十三条　【产权证书的颁发】经省、自治区、直辖市人民政府确定，县级以上地方人民政府由一个部门统一负责房产管理和土地管理工作的，可以制作、颁发统一的房地产权证书，依照本法第六十条的规定，将房屋的所有权和该房屋占用范围内的土地使用权的确认和变更，分别载入房地产权证书。

第六章　法 律 责 任

第六十四条　【非法出让使用权处罚】违反本法第十条、第十一条的规定,擅自批准出让或者擅自出让土地使用权用于房地产开发的,由上级机关或者所在单位给予有关责任人员行政处分。

第六十五条　【违反本法二十九条的处罚】违反本法第二十九条的规定,未取得营业执照擅自从事房地产开发业务的,由县级以上人民政府工商行政管理部门责令停止房地产开发业务活动,没收违法所得,可以并处罚款。

第六十六条　【违反本法三十八条一款的处罚】违反本法第三十八条第一款的规定转让土地使用权的,由县级以上人民政府土地管理部门没收违法所得,可以并处罚款。

第六十七条　【违反本法三十九条一款的处罚】违反本法第三十九条第一款的规定转让房地产的,由县级以上人民政府土地管理部门责令缴纳土地使用权出让金,没收违法所得,可以并处罚款。

第六十八条　【违反本法四十四条一款的处罚】违反本法第四十四条第一款的规定预售商品房的,由县级以上人民政府房产管理部门责令停止预售活动,没收违法所得,可以并处罚款。

第六十九条　【违反本法五十七条的处罚】违反本法第五十七条的规定,未取得营业执照擅自从事房地产中介服务业务的,由县级以上人民政府工商行政管理部门责令停止房地产中介服务业务活动,没收违法所得,可以并处罚款。

第七十条　【非法收费处理】没有法律、法规的依据,向房地产开发企业收费的,上级机关应当责令退回所收取的钱款;情节严重的,由上级机关或者所在单位给予直接责任人员行政处分。

第七十一条　【渎职、行贿、索贿处罚】房产管理部门、土地管理部门工作人员玩忽职守、滥用职权,构成犯罪的,依法追究刑事责任;不构

成犯罪的，给予行政处分。

房产管理部门、土地管理部门工作人员利用职务上的便利，索取他人财物，或者非法收受他人财物为他人谋取利益，构成犯罪的，依照惩治贪污罪贿赂罪的补充规定追究刑事责任；不构成犯罪的，给予行政处分。

第七章　附　　则

第七十二条　【适用范围】在城市规划区外的国有土地范围内取得房地产开发用地的土地使用权，从事房地产开发、交易活动以及实施房地产管理，参照本法执行。

第七十三条　【生效日期】本法自1995年1月1日起施行。